

**Zu Entwicklung, Bedeutung und
Anwendungsbereich der spätmittelalterlichen
Formel ANE GEVAERDE**

von

Norbert Spinar
aus Zwittau/CSR

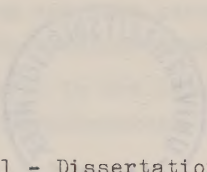
1965 B 128



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Zu Entwicklung, Bedeutung und Anwendungsbereich
der spätmittelalterlichen Formel

ANE GEVAERDE



Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Norbert Spinar
aus Zwittau/CSR



Referent: Professor Dr. H.R. Hagemann

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juni 1965

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	III
Einleitung	1
1. Abschnitt: Überblick	4
Kapitel 1: "ane gevaerd" in Erscheinungsbild und Wortbedeutung	4
I. Das Erscheinungsbild der Formel im Laufe der Jahrhunderte	4
II. Die Wortbedeutung von "ane gevaerd" bzw. seiner lateinischen Entsprechungen	6
2. Abschnitt: Gefährdeklauseln in den lateinischen Quellen bis zum Sprachwechsel im 13. Jahrhundert	7
Kapitel 2: Arglistklauseln im römischen Recht der Spätzeit	7
I. Die Klausel im Privatrecht	7
II. Arglistklauseln in öffentlichrechtlichen Eiden	11
Kapitel 3: Arglistklauseln im fränkischen Rechtskreis: in Treueid und schuldrechtlichen Versprechen	14
I. Vorbemerkung	14
II. Analyse der Ausdrücke "fraus", "dolus", "malum ingenium" in fränkischen Quellen	15
III. Fränkische Arglistklauseln	18
1. Die Arglistklausel im Treueid	18
2. Die Arglistklausel in sonstigen Schuldversprechen, insbesondere d. Treugelöbnis	24
Kapitel 4: Fortsetzung: Prozessuale Arglistklauseln	32
I. Arglistklauseln im Inquisitions- und Rückverfahren	32
II. Arglistklauseln in anderen gerichtlichen Beteuerungen	35

Kapitel 5: Die Herkunft der fränkischen Arglistklauseln: Mögliche Beeinflussung des fränkischen Rechts durch das römische	41
I. Untersuchung der wortmäßigen Zusammensetzung	41
II. Inhaltliche Beeinflussung der germanischen Arglistvorstellungen	44
III. Der Entwicklungsgang der Arglistklauseln im fränkischen Rechtskreis	51
Kapitel 6: Die weitere Entwicklung der Arglistklauseln bis zum Aufkommen deutschsprachiger Urkunden	54
I. Der Weiterbestand der Arglistklauseln	55
II. Zwischenzeitliche Einflüsse	59
III. Weiterer Einfluß durch kanonisches Recht	64
3. Abschnitt: Die deutsche Formel "ane gevaerde"	68
Kapitel 7: Die allgemeine Entwicklung	68
I. Die Identität von "ane gevaerde" und "sine dolo vel fraude" etc.	68
II. Die weitere Entwicklung bis zum Ende des 15. Jahrhunderts	70
Kapitel 8: Die Verbreitung der Gefährdeklausel im Spätmittelalter im einzelnen	74
I. "ane gevaerde" als eine die schuldrechtlichen Beziehungen beherrschende Klausel	74
II. Die Gefährdeformel in den Treueiden	79
III. Die Klausel als Einschärfung gefährdeter Pflichterfüllung, besonders in der Gesetzgebung	84
IV. Die Klausel auf prozessualen Gebiet	86
V. "gefährd" als Kennzeichnung des subjektiven Verbrechenelementes	93
VI. Eine weitere sprachliche Bedeutungswandlung	96
Kapitel 9: Zusammenfassung	98

Literaturverzeichnis.

I. Benutztes Schrifttum.

- Amira, Karl v.: Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. 1-2, Leipzig 1882.
Grundriß des germanischen Rechts, 3.Aufl., Straßburg 1913.
- Bar, Ludwig v.: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882.
- Barchewitz, V.: Das Königsgericht zur Zeit der Merowinger und Karolinger, Diss. Leipzig 1882.
- Bayer, Hieronymus I.P.v.: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, München 1856.
- Bechert, Rudolf: Die Einleitung des Rechtsgangs nach angels. Recht, ZRG germ.Abt., 47.Bd., S. 1 ff., Weimar 1927.
- Beyerle, Franz: Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, Deutschr.Beiträge, Bd.X,2, Heidelberg 1915.
Der Ursprung der Bürgschaft, ZRG germ. Abt., Bd.47, 1927, S. 567 ff.
Die süddeutschen Leges und die merowingische Gesetzgebung, ZRG germ.Abt., 1929, S. 264 ff.
Die beiden süddeutschen Stammesrechte, ZRG germ.Abt., 73.Bd., 1956, S. 84 ff.
- Bluhme: Über die Bekräftigungsformeln der Rechtsgeschäfte, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd.3, S. 207 ff., 1859.
- Bresslau Harry: Handbuch der Urkundenlehre, Bd.1, 3.Aufl., Berlin 1958.
- Brunner, Heinrich: Die Entstehung der Schwurgerichte, Berlin 1871.
Zur Geschichte der römischen und germanischen Urkunde, Berlin 1880.
Forschungen z. Deutschen u. Französischen Recht, Gesammelte Schriften, Stuttgart 1894.
Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.1: 2.Aufl., Leipzig 1906; Bd.2: hrsg. v. Claudius Frh. v.Schwerin, 2.Aufl., München-Leipzig 1928.

- Clavadetscher, Otto P.: Der Verzicht (renuntiatio) auf Excepten in den bündnerischen Urkunden des Mittelalters: Die Gebiete südlich d. Alpen. Separatabdruck aus Ztschr.f.Schweizerisches Recht n.F., Bd.77, Heft 3, 1958; Die Gebiete nördlich d. Alpen, Separat-Abdruck aus Ztschr.f.Schw.R. n.F., Bd.77, Heft 8.
- Conrad, Hermann: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.1, 2.Aufl. Karlsruhe 1962.
- Dahn, Felix: Westgotische Studien, Würzburg 1874.
- Dilcher, Gerhard: Paarformeln in der Rechtssprache des frühen Mittelalters, jur.Diss., Frankfurt 1961.
- Dilcher, Hermann: Die Theorie der Leistungsstörungen bei Kommentatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Frankfurt 1960.
- Dopsch, Alfons: Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung, Teil 2, Wien 1942.
- Ebel, Wilhelm: Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des Deutschen mittelalterlichen Stadtrechts, Weimar 1958.
- Eberle, Hans Heinz: Beiträge z. Geschichte der Bestellung der städtischen Organe des deutschen Mittelalters, Freiburg 1914.
- Feine, Hans Erich: Kirchliche Rechtsgeschichte, Bd.1, 4.Aufl. 1964.
- Freund, Leonhard: Lug und Trug bei den Germanen, Berlin 1874.
- Fritze, Wolfgang: Die fränkische Schwurfreundschaft der Merowingerzeit, ZRG germ.Abt., 71.Bd., 1954, S. 71 ff.
- Fuhr, Ludwig: Zur Entstehung und rechtlichen Bedeutung der mittelalterlichen Formel ANA ARGELIS UNDE GEVERDE, jur.Diss., Frankfurt 1962.
- Ganshof, Francois lois: Was ist das Lehenswesen? Aus dem französischen übersetzt, Darmstadt 1961.
- Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd.1: Allgemeines Teil und Personenrecht, Leipzig 1895; Bd.2: Schuldrecht, München-Leipzig 1917.
- Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Breslau 1910.
- Grabmann, Martin: Die Geschichte der scholastischen Methodik, Bd.1-2, unveränderter Nachdruck, Darmstadt 1956.

- mm, Jakob: Deutsche Rechtsaltertümer, Bd.2, 4.Aufl., Leipzig 1899.
- zog, Ernst: Geschichte und System der römischen Staatsverfassung, Bd.1-3, Leipzig 1884, 1887, 1891.
- s, Rudolf: Das Strafrecht des Deutschen Mittelalters, Teil 1: Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen, Leipzig 1920; Teil 2: Die einzelnen Verbrechen, Weimar 1935.
- ner, Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5.Aufl., Leipzig 1930.
- ser, Max: Das Römische Privatrecht, 2 Bde., München 1955, 1959.
- ufmann, Ekkehard: Die Bürgschaft im Recht des Ingelheimer Oberhofes, ZRG germ.Abt., 74.Bd., 1957, S.198 ff.
Die Erfolgshaftung, Frankfurt 1958.
Die Fehde des Schar, Juristische Schulung 1961, Bd.1, S. 85 f.
Wo kein Kläger, da kein Richter, Juristische Schulung 1961, Bd.1, S. 182 ff.
- enast, Walter: Untertaneneid und Treuevorbehalt, ZRG germ.Abt., 66.Bd., 1948, S. 111 ff.
- ller, Fritz: Der Eid im Münchner Stadtrecht, München 1953.
- stlin, Reinhold: Abhandlungen aus dem Strafrecht, Tübingen 1858.
- nn, Hans: Die Grenzen der germanischen Gefolgschaft, ZRG germ.Abt., 73.Bd., 1956, S. 1 ff.
- inkel, Wolfgang: Römisches Privatrecht, 3.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1951.
- ry, Ernst: West Roman Vulgar Law, the Law of Property, Philadelphia 1951.
Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht, Weimar 1956.
- ening, Richard: Der Vertragsbruch, Straßburg 1876.
Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter, Heidelberg 1880.
- wig, J.N.: Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates, Bd. 1-2, Leipzig 1881, 1882.

- Mayer, Ernst: Geschworenengericht und Inquisitionsprozess
München 1916.
- Mayer-Homberg, Edwin: Beweis und Wahrscheinlichkeit nach ältem
deutschen Recht, Marburg 1921.
- Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen
Recht, Abhandlungen z. Privatrecht
Zivilprozeß, 18. Bd., Heft 2, München 1901.
Gerüft, Handhaftverfahren und Anefang. Z.
germ. Abt., 37. Bd., 1916, S. 382 ff.
- Minnigerode, H. Frh. v.: Die Rechtsnatur der Treue im ältesten
deutschen Recht, Festschrift f. Jung, Marburg 1937.
- Mitteis, Heinrich: Lehnrecht und Staatsgewalt, unveränderte
Nachdruck, Darmstadt 1958.
Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., bes. v. L.
Lieberich, München-Berlin 1959.
Deutsche Rechtsgeschichte, 8. Aufl., bes.
Heinz Lieberich, München-Berlin 1963.
- Mommsen, Theodor: Römisches Staatsrecht, 3. Aufl., Bd. 1, Leipzig
1887.
Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Abriß des Römischen Staatsrechts, Leipzig
1907.
- Mühlbacher, E.: Die Treupflicht in den Urkunden Karls des
Großen, in Mitteilungen d. Instituts f. öst.
reichische Geschichtsforschung, Ergänzung
band 6, Innsbruck 1901, S. 871 ff.
- Osenbrüggen, Eduard: Das Alamannische Strafrecht, im deutschen
Mittelalter, Schaffhausen 1860.
- Planitz, Hans: Die Vermögensvollstreckung im deutschen
Mittelalterlichen Recht, Bd. 1, Leipzig 1912.
Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., bes.
K. A. Eckhardt, Graz-Köln 1961.
- Planck, J. W.: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter,
Bd. 1-2, Braunschweig 1879.
- Rauch, Karl: Spurfolge und Anefang in ihren Wechselbeziehungen,
Weimar 1908.
- Rennefahrt, Hermann: Zum Urkundenwesen in heute bernischem Gebiet
u. dessen Nachbarschaft während des Mittelalters, in Archiv d. historischen Verein
Kantons Bern, Bd. 44, 2 1958, S. 5 ff.

- Ruth, Rudolf: Zeugen und Eidhelfer in den Deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, Teil 1: Klagen wegen strafbarer Handlungen, Breslau 1922.
- Scherer, Hermann: Die Klage gegen den toten Mann, in Deutsch-rechtl. Beiträge Bd. 4, 2, Heidelberg 1909/1910.
- Scheyhing, Robert: Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, in Forschungen z. deutschen Rechtsgeschichte, 2. Bd., Köln-Graz 1960.
- Schlesinger, Walter: Herrschaft und Gefolgschaft in der germanischen Verfassungsgeschichte, in Historische Zeitschrift, 176. Bd., München 1953, S. 225 ff.
- Schlosser, Hans: Die Rechts- und Einredeverzichtformeln (renuntiationes) der deutschen Urkunden des Mittelalters, v. 13. bis zum ausgehenden 15. Jhrt., in Gierkes Untersuchungen z. deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte n.F. Bd. 2, Aalen 1963.
- Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., Göttingen 1951.
- Schnelbögl, Wolfgang: Die innere Entwicklung des bayerischen Landfriedens des 13. Jrhds., in Deutschrechtliche Beiträge XIII, 2, Heidelberg 1932.
- Schröder-Künßberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Leipzig-Berlin 1932.
- Schubert, Georg: Der Einfluß des kirchlichen Rechts auf das weltliche Strafrecht der Frankenzeit, Jur. Diss., Münster 1937.
- v. Schwerin-Thieme: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin-München 1950.
- Sickel, Wilhelm: Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland, Halle 1876.
- Siegel, Heinrich: Geschichte des Deutschen Gerichtsverfahrens, Gießen 1857.
- Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang, Wien 1866.
- Sjögren, Wilhelm: Über die Römische Conventionalstrafe u. die Strafklauseln der fränkischen Urkunden, Berlin 1896.
- Sohm, Rudolf: Der Prozeß der Lex Salica, Weimar 1867.
- Stintzing, R.: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1. Abt., München-Leipzig 1880.

- Stobbe, Otto: Zur Geschichte des deutschen Vertragsrech
Leipzig 1855.
- Voitelini, Hans: Die Fluch- und Strafklauseln mittelalterl
cher Urkunden und ihre antiken Vorläufer,
Mitteilungen d. österreichischen Institut
Geschichtsforschung, 11. Ergänzungsband,
bruck 1929.
- Waitz, Georg: Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.2, Teil
3.Aufl., Kiel 1882; Bd.3: 2.Aufl., Kiel 1
Bd.4: 2. Aufl., Berlin 1885; Bd.6: 2.Aufl.
Berlin 1896, bearb.v.Gerhard Seelinger.
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen
1952.
- Wilda, W.Eduard: Geschichte des deutschen Strafrechts, Bd.
Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842.
- Wetzell, G.W.: System d.ordentl.Civilprocesses, 3.Aufl.,
Leipzig 1878.

II. Benutzte Quellenausgaben.

- Archives Historiques Du Maine, vol.12: Chartres de Saint-Julien
de Tours, ed. L'Abbee L.J. Denis, Le Mans
1912, 1913.
- Bergmann, Walter: Das Römische Recht aus dem Munde seiner Verf
asser, Paderborn 1910.
- Beyerle, Franz: Die Gesetze der Langobarden, Weimar 1947.
- Bonaini, Francesco: Statuti inediti della Citta di Pisa, Vol.
Firenze MDCCCLIV; Vol.3: Firenze MDCCCLVI
- Chiaudano Mario et Raimondo Morozzo della Rocca: Notai Liguri
sec.XII, Bd.1: Oberto scriba de marcato,
rino 1938.
- Dirr, Pius: Denkmäler des Münchner Stadtrechts, 1.Bd.
Teil 1-2, München 1936.

Germanenrechte, Texte und Übersetzungen:

Bd.1: Die Gesetze des Merowingerreichs 48
714: Einung der Salfranken u. Pactus Ala-
mannorum, K.A. Eckhardt, Weimar 1935.

Bd.1: Pactus legis salica: Recensiones Me-
wingicae ed. K.A. Eckhardt, Göttingen-Berlin
Frankfurt 1955.

Bd.2: Die Gesetze des Karolingerreichs 711-
I. Salische u. ribuarische Franken, ed. K.A.
Eckhardt, Weimar 1934.

orts. v. Germanenrechte, Texte und Übersetzungen:

II. Alamannen u. Baiern, ed. K.A. Eckhardt, Weimar 1934.

III. Sachsen, Thüringer, Chamanen u. Friesen, ed. K.A. Eckhardt, Weimar 1934.

Bd.10: Gesetze der Burgunden, ed. Franz Beylerle, Weimar 1936.

Bd.11: Gesetze der Westgothen, ed. Eugen Wohlhaupter, Weimar 1936.

app, Ernst Theodor: Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, Breslau 1851.

Unter, Heinrich: Die Römischen Krönungseide der Deutschen Kaiser, Bonn 1915.

aeutle, Chr.: Einige altbayerische Stadtrechte, München 1889.

artwig, Otto: Quellen u. Forschungen zur ältesten Geschichte der Stadt Florenz, 2.Teil, Halle 1880.

authaler, Willibald: Salzburger Urkundenbuch, Bd.1: Salzburg 1910; Bd.3: unter Mitwirkung v. Franz Martin, Salzburg 1918; Bd.4: ed. Franz Martin, Salzburg 1933.

efele, Friedrich: Freiburger Urkundenbuch, Bd.1, Freiburg i. Br. 1940.

essels u. Kern: Lex Salica, London 1880.

ipper, Richard: Die Urkunden des Reichsstifts St.Ulrich u. Afra in Augsburg, Augsburg 1956.

uter, Franz: Tiroler Urkundenbuch, Bd.1-3, Innsbruck 1937, 1944, 1957.

eutgen, F.: Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, Berlin 1901.

ohler, J.: Carolina oder die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., Halle 1900.

upfer, E.: Heilbronner Urkundenbuch, Bd.1, Stuttgart 1904.

ayettes du Tresor des Chartres: Bd.1: ed. M.Alexander Teulet, Paris 1863; Bd.2: ed. M.A. Teulet, Paris 1866; Bd.3: ed. J.de Laborde, Paris 1875; Bd.4: E.Berger, Paris 1902.

ehmann, Karl: Langobardisches Lehnrecht, Göttingen 1896.

- Liebermann, Felix: Die Gesetze der Angelsachsen, Bd.1: Halle 1903; Bd.2: Halle 1906.
- Maidhof, A.: Das Passauer Stadtrecht, Passau 1927.
- Marini, Gaetano: I papiri diplomatici, Roma 1805.
- Mommsen, Theodor: Theodosiani Libri XVI, Berlin 1905.
- Monumenta Boica, ed. Academia scientiarum Boica:
- Bd. XIV: Monumenta Geisenfeldensia.
 - Bd. XXIX/1: Diplomata Imperatorum, a.1029-1212.
 - Bd. XXIX/2: Codices Traditionum eccl. Pataviensis; Authentica episcopatus Pataviensis.
 - Bd. XXX/1-2: Diplomata Imperatorum, - a.1029-1212. Authentica episcopatus Pataviensis.
 - Bd. XXXIV/1-2: Monumenta episcopatus Augustani.
 - Bd. XXXVII-XLIV: Monumenta episcopatus Wurburgensis.
 - Bd. LIII: Regensburger Urkundenbuch, Teil 1.
 - Bd. LV: Register zu Bde. XXXVII-XLIV.
- Monumenta Germaniae Historica:
- Diplomatum Imperii, ed. G.H. Pertz, Tombohn Hannover 1872.
 - Capitularia Regum Francorum, Bd.1: ed. Alfred Boretius, Hannover 1883; Bd.2: ed. Boretius et Victor Krause, Hannover 1897.
 - Scriptores rerum Merovingicarum, Gregorituronensis opera, Pars 1: Historia Francorum, ed. W. Arndt et Br. Krusch, Hannover 1885.
 - Die Urkunden der deutschen Karolinger, Bd. 1-2, ed. P. Kehr, Berlin 1934, 1936, 1937.
 - Die Urkunden Heinrichs des Löwen, Herzogs von Sachsen u. Bayern, ed. Karl Jordan, Neudruck Stuttgart 1957.
- Müller, Karl Otto: Nördlinger Stadtrechte des Mittelalters, München 1933.
- Nürnberger Urkundenbuch, bearbeitet v. Stadtarchiv Nürnberg, Nürnberg 1959.

- Struoci, Amando: Notarii documenti per la storia del notariato italiano, Milano 1958.
- uellen u. Erörterungen zur bairischen u. deutschen Geschichte:
- Bd.5-6: Monumenta Wittelsbacensia, ed. Mich. Wittmann, München 1857, 1861.
- Bd.7: Drei Formelsammlungen aus der Zeit der Karolinger, ed. Ludwig Rockinger, München 1858.
- Neue Folge
- Bd.4-5: Die Traditionen des Hochstifts Freising, ed. Theodor Bitterauf, München 1905, 1909.
- Bd.6: Die Traditionen des Hochstifts Passau, ed. Max Heuwieser, München 1930.
- Bd.8: Die Traditionen des Hochstifts Regensburg u. des Klosters S.Emmeran, ed. Josef Wiedemann, München 1943.
- Bd.9: Die Traditionen des Klosters Tegernsee, ed. Peter Acht, 1. Teil, 1952.
- Bd.10: Die Traditionen des Klosters Schäftlarn, ed. Alois Weissthanner, München 1953.
- Bd.11: Die bayerischen Luitpoldinger 893-989, ed. Kurt Reindel, München 1953.
- Bd.17: Teil 1-2: Die Urkunden d. Klosters Raitenhaslach,, ed. Edgar Krausen, München 1959.
- Lehtthofen, K.Frhr.v.: Friesische Rechtsquellen, Berlin 1840.
- oberti, Melchiorre: Un formulario inedito di un notai padovana del 1223, Venezia 1906, in Memorie del reale istituto veneto di Scienze, lettere ed arti, Volume 27 Nr.6.
- arlazzi, Antonius: Statuti de comune di Ravenna, Ravenna 1886.
- ädler, Jan-Olaf: Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700, Bd.1, Lund 1955.
- omaschek, J.A.: Die Rechte und Freiheiten der Stadt Wien, Bd.1, Wien 1877.
- rati, Luigi: Statuti di Bologna, Bd.1, Bologna 1869.
- ock, Walter E.: Die Urkunden des Hochstifts Augsburg, Augsburg 1959.
- ltelini, Hans v. und Huter Franz: Akta Tirolensia Bd.4: Südtiroler Notariatsimbreviaturen ds.13.Jrhts, Teil 2, Innsbruck 1951.

- Wartmann, Hermann: Urkundenbuch der Abtei St.Gallen, Teil 1-2, Zürich 1863, 1882.
- Wiegand, Wilhelm: Urkundenbuch d. Stadt Straßburg, Bd.1, Straßburg 1879.
- Wilhelm, Friedrich: Corpus der altdeutschen Originalurkunden zum Jahre 1300, Bd.1-2, Lahr 1932, 1943, Bd.3: ed. R. Neuwald, Lahr 1957.
- Zeumer, Karl: Formulae Merowingici et Karolini Aevi, in Monumenta Germaniae Historica, Bd.1-2, Hannover 1892.

III. Wörterbücher und Lexika.

- Du Cange: Glossarium Mediae et infimae Latinitatis Tombus IV, Niort 1885.
- Georges, K.E.: Lateinisch-deutsches Handwörterbuch, Bd.1, Leipzig 1869.
- Grimm, Jakob und Wilhelm: Deutsches Wörterbuch.
- Habel, E.: Mittellateinisches Glossar, Paderborn 1909.
- Haltaus, Christiani Gottlob: Glossarium Germanicum Medii Aevi, Leipzig 1768.
- Der Große Herder: 11.Bd., Freiburg i.Br. 1935.
- Heumann-Seckel: Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, 9.Aufl., Graz 1914.
- Kluge-Götze: Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 15.Aufl., Berlin 1951.
- Lasch-Borching: Mittelniederdeutsches Handwörterbuch, hrsg. v. Gerhard Cordes, Bd.1, Neumünster 1956.
- Meyer-Lübke: Romanisches etymologisches Wörterbuch, 3 Bde., Heidelberg 1935.
- Niermeyer, J.F.: Mediae Latinitatis lexicon minus, Fasciculi 1-6, Leiden 1958.
- Deutsches Rechtswörterbuch, hrsg.von der Preuß. Akademie der Wissenschaften, Weimar 1914.
- Schmeller, J.Andreas: Bayerisches Wörterbuch, Bd.1, 2.Aufl., München 1872.
- Thesaurus Linguae Latinae, hrsg. v. den internationalen Akademien.
- Trübners Deutsches Wörterbuch. 9 Bde., hrsg. v. Alfred Götze, Berlin 1939...

E i n l e i t u n g

Die vorliegende Arbeit sucht Herkunft und Sinngehalt der spätmittelalterlichen Rechtsformel "ane geverde", die dem Leser des Quellenmaterials überall entgegentritt, zu erhellen. Sie soll in diesem Rahmen ein Beitrag zur Erfassung und Abschichtung verschiedener, vorwiegend römisch-rechtlicher Einflüsse auf die Rechtsvorstellungen unserer Vorfahren sein, zum anderen die Aufklärung ebendieser Vorstellungen ein Stück vorantreiben.

Wir betreten mit dieser Arbeit kein völliges Neuland. In Vielem konnte auf die Ergebnisse älterer Forschung zurückgegriffen werden; zahlreiche Rechtsinstitute wurden berührt. Selbstverständlich kann es sich im Rahmen einer Dissertation nicht um erneute Erforschung jener handeln. Zum engeren Themenkreis verfißt Ludwig F u h r in seiner Schrift "Zur Entstehung und rechtlichen Bedeutung der mittelalterlichen Formel ANE ARGELISTE UNDE GEVERDE" 1) die Auffassung, die Bewertung arglistigen Verhaltens als Unrecht entspringe dem germanischen Rechtsbewußtsein. Römische Einflüsse seien sowohl für die fränkische Epoche wie für das Hochmittelalter abzulehnen. Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit gehen mit dieser Auffassung in entscheidenden Punkten nicht konform. Ich bin der Meinung, mindest im Hochmittelalter sind Belebungen der Arglistvorstellungen, die sich auch in den Formulierungen der lateinischen Entsprechungen der Gefährdeklauseln ausdrücken, vom neu entdeckten römischen Erbe her spürbar, während für die fränkische Zeit römische Impulse vermutet, aber nicht widerspruchsfrei nachweisbar sind.

Noch ein anderer Punkt berechtigt die erneute Beschäftigung mit der Gefährdeklausel: F u h r s Erforschung des Doppelausdrucks "ane argeliste unde geverde" läßt die Sonderheit und Eigenständigkeit der Formel "ane geverde" zu wenig hervortreten, die diesem Ausdruck in den Quellen des Spätmittelalters anzuhaften scheinen. Die folgende Darstellung wird den Beweis erbringen, daß "an gevaerd" in dieser Zeit die früher fast ausschließliche Verbindung mit dem Versprechenseid sprengt und auf allen Gebieten der Rechtsordnung, in Gesetzgebung und Geschäftsverkehr, zu finden ist, womit aber auch alles Rechtshandeln unter dem Gefährdeverbot steht.

Der Gang der Untersuchung wird uns chronologisch vom ersten Auftauchen der Formel in vulgärrömischen und frühfränkischen Quellen bis ins Spätmittelalter führen. Es sind dabei hauptsächlich zwei Kernfragen zu beantworten:

- a) Sind die bereits in der fränkischen Epoche auftauchenden Klauseln als alleinige Wurzeln der spätmittelalterlichen Gefährdeklausel anzusehen oder müssen wir mit außerdeutschen Impulsen (italienischen, kanonischen oder scholastischen) rechnen?

1) Frankfurter Juristische Dissertation 1962.

- b) Entstanden jene fränkischen Klauseln ihrerseits unter spätrömischem Einfluß?

Ich beginne die Untersuchung mit der zweiten Frage. Die damalige politische Situation legt sie nahe.²⁾ Die germanischen Stämme waren auf ihren Wanderungen quer durch Europa wiederholt mit dem römischen Kulturkreis in Berührung gekommen und hatten schließlich auf römischem Boden große Reiche gegründet. Die überlegene römische Zivilisation beeinflusste bald germanisches Denken und Handeln. Im Zuge der Rezeption römischen Gedankenguts übernahmen die Germanen auch manche Rechtssätze und -einrichtungen.³⁾ Zwar lebten in den germanischen Reichen auf römischem Boden Sieger und Besiegte meist nach dem Personalprinzip;⁴⁾ doch zeigen die bald nach den Reichsgründungen aufgezzeichneten Gesetzesbücher der Germanenfürsten mehr oder weniger deutliche Spuren römischer Beeinflussung. Insbesondere das von den Germanen übernommene Urkundenwesen brachte in seinem Gefolge eine erste Rezeption römischer Rechtsgewohnheiten.

Ebenso bestanden im Hochmittelalter mannigfache Querverbindungen zum römischen Recht, bedingt vor allen Dingen durch das Kaisertum.⁵⁾ In dieser Zeit schon beginnt unter der Hand die erste Welle der späteren Rezeption heranzufluten.⁶⁾ So wirken sich etwa die seit dem Ende des 11. Jahrhunderts entstehenden Lombardischen Lehnrechtsbücher, die Libri Feudorum, längst in Deutschland aus, ehe sie offiziell rezipiert wurden. Auch sonst blieb die Praxis in Deutschland von den Ausstrahlungen der neu erwachten Wissenschaftlichkeit Italiens nicht unberührt. Andererseits kam römisches Gedankengut durch kirchliche Vermittlung nach Deutschland.⁷⁾

-
- 2) Vgl. zur allgemeinen Geschichte etwa C o n r a d , Rechtsgeschichte, Bd.1, S. 128 ff.; M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S. 33 ff. und die dort angegebene Literatur.
- 3) Zur Beeinflussung der germanischen Rechtsquellen vgl. K a s e r , Römisches Privatrecht, Bd.2, S. 26 ff.; zum Urkundenwesen vgl. H. B r u n n e r , Zur Rechtsgeschichte der Urkunden; C o n r a d , Rechtsgeschichte, Bd.1, S. 136 ff.
- 4) d.h. jeder lebte nach dem Recht seiner Volksgruppe; vgl. hierzu K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.2, S. 26.
- 5) Zum Kaisertum vgl. C o n r a d , Rechtsgeschichte, S. 229 ff.; M i t t e i s , Rechtsgeschichte, Kap.25 mit Literaturangaben.
- 6) Zur deutschen Rechtssituation am Vorabend der Rezeption vgl. W i e a c k e r , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 46 ff.; zu den wissenschaftlichen Verbindungen zu Italien auch S t i n t z i n g , Geschichte d. Rechtswissenschaft, Kap.1; M i t t e i s , Rechtsgesch., S. 117 f.
- 7) Zur Entwicklung und Ausstrahlung des kanonischen Rechts vgl. C o n r a d , Rechtsgesch., S. 367 ff.

Noch ein Wort zum benutzten Quellenmaterial. Der ursprüngliche Plan, die Entwicklung der Formel "ane gevaerde" an Hand eines lokal, auf Baiern beschränkten Urkundenmaterials zu untersuchen, erwies sich für die fränkische Epoche bald als undurchführbar. Zu dürr war die quellenmäßige Ausbeute, um hieraus gesicherte Schlüsse ziehen zu können. Ich griff daher auf die Überlieferung anderer germanischer Stämme zurück. Für den spätmittelalterlichen Abschnitt dagegen ist angesichts des Quellenreichtums die Begrenzung auf den süddeutschen, vornehmlich bairischen Raum im Wesentlichen eingehalten worden. Die hierfür erarbeiteten Ergebnisse können jedoch nicht ohne weiteres auf andere deutsche Gebiete übertragen werden, jedenfalls ist Vorsicht geboten.⁸⁾ Zeitlich wurde die Quellendurchsicht mit dem Material aus der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts abgeschlossen. Die danach in Deutschland herrschende Rechtslage mußte angesichts der Rezeption Gegenstand einer eigenen Arbeit sein.

Das Manuskript wurde im August 1964 abgeschlossen.

8) Dies gilt z.B. für das Verhältnis von "argeliste" zu "geverde", wie es unten S.69 dargestellt wird. Ich verweise auf die Bemerkung von R. H i s , Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, S.72, wonach "gevaerlich" ein häufiges Wort oberdeutscher Quellen sei.

1. Abschnitt: Überblick

=====

Kapitel 1: "ane gevaerd" in Erscheinungsbild und Wortbedeutung.

I. Das Erscheinungsbild der Formel im Laufe der Jahrhunderte.

Der Leser mittelalterlicher Rechtsquellen stößt immer wieder auf die Formel "ane gefährde", wie auf deren sprachliche Abwandlungen "an geverd", "on gevaerd", "ane allerslahte geferde" und dergleichen mehr. Besonders im 14. und 15. Jahrhundert finden wir die Formeln auf allen Rechtsgebieten. Der Zeuge im Prozeß verspricht, seine Aussage "ane gevaerde" zu machen; die Klagpartei beteuert, bei Klagerhebung "an gevaerd gehandelt zu haben; die Beteiligten eines Vertrags versprechen einander, der Amtmann dem Rat, der Lehensmann dem Herrn, der Landesherr bei Verleihungen von Freiheiten usw., übernommene Pflichten "ane gefährd" zu erfüllen. Viele Satzungen schärfen Einhaltung der Normen "an allez geverd" ein. Zur Verdeutlichung hier zwei Quellenstellen: Urkunde der Herzöge Rudolf und Ludwig von Baiern aus dem Jahre 1307, die den bairischen Landständen gegen Entrichtung einer allgemeinen Steuer die Münzen zu München und Ingolstadt überläßt: 1)

"Daz auch daz alles, als vor schriben ist, staet beleib die zeit und diweil und wir leben oder unser eint we derr lebet, daz haben wir gehaizzen und gelobt für uns, für unser erben und für alle laeut, daz wir in daz alles staet behalten an gevaerd alle unser lebtag mit guten triwen, dez haben wir gesworn und wellen auch daz gern staet haben."

In einem Taidigungsabkommen zwischen Herzog Albrecht von Österreich und Erzbischof Rudolf von Salzburg anno 1290 wird für den Fall der Uneinigkeit der Schiedsleute 2) bestimmt: 3)

"Diselben Schidleut die sulen des niht soumen ob ein chrieg zwischen in werde über etteleich sache di si niht verrichten mugen, si varen mit einander zu dem Chunge van Rom an alle gevaerd und sulen an einander chunt tun drei wochen vor an alle arge liste - .. "

Die deutschsprachigen Quellen beginnen erst um die Mitte des 13. Jahrhunderts, von ganz vereinzelt Ausnahmen abgesehen, zu fließen. Bis dahin bedienten sich unsere historischen Quellen jahrhundertlang der lateinischen Sprache, eine Folge des überragenden Einflusses der beherrschenden Kultur-macht Kirche. Wir dürfen vermuten, daß "ane geferde" auch

1) Dirr, Münchener Stadtrecht, Seite 61 ff.

2) Die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Adeligen wurde in der Regel einem Schiedsgericht übertragen, das je zur Hälfte mit Vertrauensleuten der Streitparteien und einem neutralen Dritten als Vorsitzenden besetzt war.

3) Wilhelm, Corpus Bd. 2, S. 466 (Zeile 4-15)

in lateinischem Gewande auftritt. Die lateinische Fassung oben zitierten Taidigungsabkommens zeigt uns die Entsprechung: 4)

"Predicte etiam arbitri non negligent super orta inter eos Questione quam non possent fortisan diffinire simul sine fraude et dolo se regalibus conspectibus presentare 7 quando super aliqua discordia opportuerit regem accidi una pars alteram ad tres Septimanas sine omni malo ingenio prescire faciam inter suum...."

Ebenso dürfte sich hinter den lateinischen Formeln "sine qualibet fraude", "sine dolo et malo ingenio", "sine qualibet captione" die deutsche Formel "ane gevaerd" verbergen. 5/6)

Vereinzelt stoßen wir bereits in Quellen aus volksrechtlicher Zeit auf die Ausdrücke "sine fraude", "sine malo ingenio" und dergleichen. Z.B. Freisinger Gerichtsurkunde anno 802: 7)

"Tunc praedicti missi dominici Arn archiepiscopus et Adalunius episcopus atque Orendil iudex ipsos homines qui hoc testificaverunt in medium vocaverunt et per sacramentum fidelitatis Quem domno Karolo magno imperatori ipso praesenti anno iuraverunt adestati sunt eos, ut omnimodis absque ulla fraude vel ingenio ita ut veracissime de ipsa cause scirent ita in palam adnuntiarent(es folgt die Aussage..)"

Selbst im römischen Rechtskreis muß eine entsprechende Formel bereits gebraucht worden sein, wie aus folgender Vormundsbestellungsurkunde aus Rieti anno 587 hervorgeht.8) Der vom Vormund benannte Bürge gibt die Erklärung ab:

"Obligatis rebus meis omnibus quas habeo habiturum sum, Flavianum, virum honestum nuncupatum, specialem tutorem

4) W i l h e l m, Corpus Bd.2, S. 466(Zeile 5-14)

5) Übersetzungsfälle finden sich allerdings nur selten. Zu verweisen ist etwa auf den Mainzer Reichslandfrieden von 1235, der "bona fide sine omni fraude et dolo" mit "ane allerhande valche" übersetzt (W i l h e l m, Corpus Bd.1, S.8 (Zeile 51 bzw. S.17 Zeile 16); ferner W i l h e l m, Corpus Bd.2 S.466 Zeile 39 bis 43 entspr. 43-48 und S.468 Zeile 25-29 entspr. Zeile 33-37; ders. Corpus Bd.3, S.740 Zeile 19-24 entspr. Zeile 27-33.

6) Wenn im Folgenden allgemein von der lateinischen "Gefährde- oder Arglistklausel" die Rede ist, so sind die verschiedenen lateinischen Entsprechungen ohne Rücksicht auf einzelne wortmäßige Differenzierungen gemeint. Im übrigen behalte ich vorzugsweise in Anlehnung an F u h r, Zur Entstehung, zum Zwecke einer einheitlichen Terminologie bis einschließlich Abschnitt 2 den Ausdruck "argeliste" bei, während zur Kennzeichnung des Gegensatzes in Abschnitt 3 dann auch terminologisch der Ausdruck "Gefährdeklausel" gebraucht werden soll.

7) Bitterauf, Traditionen, Bd.1, Nr.186.

8) Tjäder Olaf, Papyri P.7 = Marini Nr.79.

utiliter et integre sine qualicumque dolo et fraude me
adnitente spondeo administrare ..."

II. Die Wortbedeutung von "ane gevaerd" bzw. seiner lateinischen Entsprechungen.

"Gefaerde" ist ein schillernder Ausdruck. Die Wörterbücher des Mittelhochdeutschen vermitteln einen ersten Eindruck von der mannigfach abgestuften Bedeutung des Wortes. Wir finden dieses Wort mit Ausdrücken wie "Hinterlist", "hinterlistiger Vorteil", "Arglist", aber auch mit "böse Absicht", "Vorbedacht", ja schlicht mit "Vorsatz" interpretiert. Eine Durchsicht der Quellen bestätigt dieses. Und doch erzeugt die Aufzählung insofern ein schiefes Bild, als es in bezug auf die Häufigkeit der einzelnen Bedeutungen in den verschiedenen Zeiträumen keine Auskunft gibt. Hier werden wir nun sehen, daß in älteren Urkunden "gevaerd" meist ein Tun, ein Handeln bezeichnet, während in jüngeren Quellen "gevaerd" zur Kennzeichnung des subjektiven Elementes, der betrügerischen Absicht dient; daneben aber auch, und dies dürfte rechtsgeschichtlich besonders interessant sein, eine allgemeine Verflachung des speziellen Hinterlist-Elementes eintritt und "gevaerd" zu einem Ausdruck zur Kennzeichnung des unredlichen, ungetreuen Verhaltens schlechthin wird.

Für "ane gevaerde" weisen die Wörterbücher dementsprechend die negativen Bedeutungen "ohne Hinterlist", "ohne Absicht", "durch bloßen Zufall" auf; aber auch positive Erklärungen wie "aufrichtig", "wahr", "ehrlich" finden sich. 10)

Gegenüber diesem mittelalterlichen Sprachgebrauch ergibt sich für die möglichen lateinischen Entsprechungen von "gefaerde" in der Frankenzeit ein einengender Wortgebrauch. "Dolus", "fraus" und "malum ingenium" erscheinen hier sowohl als Ausdruck für die listige, böse Absicht wie auch einer hinterlistigen Handlungsweise, aber auch des durch solche Tat herbeigeführten Schadens. Eine Wiedergabe der lateinischen Entsprechungen mit dem abgeflachteren "unredlich" ist dagegen nicht angebracht. Immer ist das Element der Heimlichkeit zu erkennen.

Eine Bestätigung letzterer Annahme bildet der römisch-vulgarrechtliche Sprachgebrauch für "fraus" und "dolus"; in jener Zeit waren diese Ausdrücke nicht mehr wie im klassischen römischen Recht eine Kennzeichnung für jedes unredliche Verhalten schlechthin, sondern hatten eine Einengung auf arglistige Täuschungshandlung und -beschädigung erfahren.

9) Zu verweisen ist auf G r i m m , Deutsches Wörterbuch Bd.3, Teil 2; Deutsches Rechtswörterbuch; Trübners Deutsches Wörterbuch; S c h m e l l e r , Wörterbuch S. 740; aus älterer Zeit H a l t a u s , Glossarium Spalte 609; alle unter "gefährde", "gefahr".

10) Statt aller G r i m m , Wörterbuch, unter "Gefährde" Spalte 2070, 2075 f.

Abschnitt 2: Gefährdeklauseln in den lateinischen Quellen bis zum Sprachwechsel im 13. Jahrhundert.

Kapitel 2: Arglistklauseln im römischen Recht der Spätzeit.

I. Die Klauseln im Privatrecht.

Arglistklauseln begegnen bereits im römischen Rechtskreis. Wir ersehen dies aus der oben Seite 5 f. abgedruckten vulgärrechtlichen Urkunde anno 587 aus Rieti, die zweifellos römisches Gedankengut enthält.¹⁾ Die Urkunde berichtet von einer Vormundsbestellung durch die Curie der Stadt.²⁾ Der Römer Gundahals hinterläßt bei seinem Tode die Witwe Gundihild und zwei minderjährige Kinder. Da in einem noch von Gundahals Lebzeiten her anhängigen Rechtsstreit Verlust des ererbten Mündelvermögens droht, bittet die Mutter Gundihild bis zur Berufung eines allgemeinen Vormunds einen speziellen Tutor zu bestellen. Ein gewisser vir honestus Flavianus übernimmt das Amt. Auf Verlangen stellt er den vir honestus Liberatus als Bürgen für seine ordentliche Amtsführung.³⁾ Dieser verbürgt sich in einem feierlichen Versprechen vor der Curie, der zuständigen Stelle, dafür, daß der Vormund seinen Pflichten "sine qualicumque dolo vel fraude" nachkommen werde.

Ist hierdurch der Beweis erbracht, daß eine Arglistklausel bereits im römischen Recht heimisch war,⁴⁾ können wir andererseits gleichzeitig der Urkunde entnehmen, daß der Gebrauch der Formel zur Erzeugung diesbezüglicher Pflichten, nämlich das Vormundsamt ohne arglistige Schädigung des Mündelvermögens wahrzunehmen, nicht unbedingt notwendig war. Die Arglistformel übte vielmehr eine bloß bestärkende, bereits durch die Übernahme der Vormundschaft au-

-
- 1) Fuhr erwähnt diese wichtige Stelle in seiner Arbeit nicht.
 - 2) Die behördliche Vormundsbestellung erfolgte durch den praefectus urbi unter Zuziehung von 10 Senatoren und des praetor tutelae, vgl. K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.2, S. 161.
 - 3) Eine Sicherung der Mündelinteressen durch Bürgschaft seitens des Vormunds war seit alters üblich, K a s e r , a.a.O., Bd.1, S. 309.
 - 4) Ich halte es für ausgeschlossen, daß die Formel aus dem germanischen Rechtskreis in den römischen gekommen ist. Wenn auch das germanische Recht in bescheidenem Umfang das römische Recht beeinflusste (hierzu M i t t e i s , Rechtsgeschichte S. 34), wirkte sich diese Beeinflussung doch vorwiegend auf materiellem Gebiet, nicht in Formulierungen aus. Im Materiellen besteht aber bei den Pflichten eines Vormunds überhaupt keine Wahrscheinlichkeit einer Beeinflussung, da das römische Recht diese schon längst vorbildlich herausgearbeitet hatte.

tomatisch begründete Pflichten bekräftigende Funktion aus. Dies geht unzweifelhaft einmal daraus hervor, daß der in derselben Urkunde überlieferte Eid des Vormunds selbst die Klausel nicht enthält. Zum andern hatte die römische Rechtswissenschaft ein Haftungssystem entwickelt, das die Pflichten im Rahmen der einzelnen Obligationen kraft Gewohnheitsrechts festlegte. Die Grundsätze über Verwaltung von Mündelvermögen waren hierbei hauptsächlich aus der "bona fides" entwickelt worden, die doloses Verhalten eo ipso ausschloß.

Die grundsätzliche Erfassung der Lehre von der "bona fides" geht bereits auf die römischen Klassiker zurück. Nach klassischem römischem Recht bestimmte sich nämlich der Inhalt des Leistungsversprechens beim "bonae fidei negotium" nach Treu und Glauben.⁵⁾ Der Schuldner hatte die geschuldete Leistung so zu erbringen, wie redliches Verhalten dies erforderte. Kam er dieser Verpflichtung nicht nach, haftete er im Sinne einer Schadenersatzpflicht.⁶⁾ Diese Ersatzpflicht trat ein, wenn die Nicht- oder Schlechterfüllung vom Schuldner zu vertreten war, d.h. sich der Schuldner nicht so verhalten hatte, wie die "bona fides" es erforderte.⁷⁾ Ursprünglich hatte der Schuldner insbesondere "dolus", "dolus malus" zu vertreten.⁸⁾ Später gesellte sich hierzu die "culpa".⁹⁾ Die "fraus" spielte demgegenüber im klassischen Recht noch eine untergeordnete Rolle.¹⁰⁾ Bedeutete "doloses" Handeln

- 5) Die Römer unterschieden mehrere Arten kontraklichen Unrechts; geschuldet war beim "bonae fidei negotium" nicht nur der Leistungsgegenstand als solcher, sondern auch ein pflichtgemäßes sonstiges Verhalten. Der Schuldner hatte alles zu tun, was der Verwirklichung der Leistungspflicht diene und alles zu unterlassen, was diesen gewollten Erfolg gefährdete, vgl. K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.1, S. 422; vgl. zu den ähnlichen Gedankengängen im heutigen Recht die Darstellung unten S.24.
- 6) Den Ausgangspunkt der Lehre vom kontraktlichen Unrecht überhaupt vermutet man bei der "bona fide iudicia", hierzu K u n k e l Röm.Recht, S. 176.
- 7) Die weitgefaßte Formel "quidquid.... dare facere oportet ex fide bona" erlaubte es dem Richter, auch das über die unmittelbare Leistungspflicht hinausgehende Tun und Unterlassen zu berücksichtigen und gab so einer Haftung für alles unredliche Verhalten im Rahmen der Vertragserfüllung Raum, vgl. K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.1, S. 422.
- 8) Das treuwidrige Verhalten dürfte in frühester Zeit als Delikt aufgefaßt worden sein, vgl. K u n k e l , Röm. Recht, S. 170, Anm.4; hiervon mag die Bezeichnung des alten Deliktvorsatzes mit "dolus malus" herrühren, vgl. K a s e r , a.a.O.
- 9) K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.1, S. 423.
- 10) Zu den Begriffen "dolus" und "fraus" vgl. K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.1, S. 524 f.; ausführlich auch F u h r , Zur Entstehung, S. 34 ff.

anfangs nur ein bewußt treuwidriges Verhalten, so weitet sich der Begriff bald zur Bezeichnung für pflichtwidriges Verhalten im weitesten Sinne.¹¹⁾ Kein Zweifel aber, daß von Anfang an unter den Begriff gerade arglistige Leistungsstörungen gefaßt wurden. Dabei wurde ein treuwidriges Verhalten sowohl in der Arglist bei Vertragsschluß wie anläßlich der Erfüllung gesehen.¹²⁾ Ein vertraglicher Ausschuß der Haftung für doloses Verhalten in Zukunft war sittenwidrig und daher nichtig.¹³⁾

In der frühen nachklassischen Periode setzte ein Streben nach einer Koordinierung des Haftungsmaßstabes bei den einzelnen Obligationen ein. Aber es konnte sich noch keine einheitliche Behandlung aller "*bonae fidei iudicia*" durchsetzen. Man gelangte lediglich zu einer individuellen Differenzierung, die jede Obligation nach ihrer Eigenart beurteilte.¹⁴⁾

Der staatliche Verfall brachte auch einen Niedergang der römischen Rechtswissenschaft. Dennoch kamen die von den Klassikern herausgearbeiteten dogmatischen Richtlinien nicht völlig aus dem Gedächtnis. Das Vulgarrecht verzichtet jedoch wieder auf die erreichte sinnvolle Abstufung der einzelnen Haftungsmaßstäbe und äußert sich nur zu einzelnen Obligationen.¹⁵⁾ "*dolus*" und "*fraus*" spielen auch in dieser Zeit eine gewichtige Rolle im Kontraktsunrecht.¹⁶⁾ Sie bezeichnen freilich nicht mehr entsprechend der "*actio doli*" des klassischen Rechts allgemein jedes unehrliche, gegen den Vertrag gerichtete Verhalten, sondern erfahren eine Einengung auf die arglistige Täuschungshandlung und Beschädigung. Dieser vulgarrechtliche Sprachgebrauch findet sich dann auch in den germanischen Quellen der Frankenzeit.

11) Es fallen auch schwere Nachlässigkeiten darunter, K a s e r , a.a.O., S. 423.

12) Dies zeigt deutlich die Formulierung der *exceptio doli*: "*si....nihil dolo mal factum sit neque fiat.*" Die erste Alternative erfaßt arglistiges Verhalten beim Vertragsschluß. Dagegen entfaltet die andere ("*fiat*") eine in die Zukunft reichende Bedeutung, z. B. verstößt der Kläger gegen die "*bona fides*" wenn er etwas einklagt, was er aus anderem Grund wieder herausgeben muß (vgl. Paul. Dig. 44.48 pr); zu allem K a s e r , a.a.O., Anm.15.

13) K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.1, S. 427, Anm.53.

14) K a s e r , a.a.O., S. 423.

15) Grundlegend die Arbeiten L e v y ' s , West Roman Vulgar Law; vgl. auch K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.2, S. 254.

16) Hierbei fällt freilich auf, daß die "*fraus*" den "*dolus*" als Terminus weitgehend verdrängt hat; (hierzu L e v y , Obligationenrecht, S. 101;), während der "*dolus*" hauptsächlich auf die Bezeichnung der Urkundenfälschung beschränkt war (vgl. L e v y , a.a.O., S. 102), wie überhaupt "*dolus*" und "*fraus*" in den Gesetzen jener Zeit vor allem strafrechtliche Begriffe waren, vgl. L e v y , a.a.O.; F u h r , Zur Entstehung, S. 40 ff.

Angesichts der gefestigten Behandlung, die Arglisthandlungen im Rahmen von Obligationen durch das römische Recht erfahren, ist klar, daß man nicht sonderlich auf eine Erwähnung der Arglistausschlußformel achtete. Man schloß Verträge im Bewußtsein der gesetzlichen Regelung ab. Hieraus erklärt sich die spärliche Erwähnung der Arglistklauseln in der schriftlichen Überlieferung. Auch bei der Vormundbestellung war der Gebrauch einer Arglistklausel im Vormundsversprechen nicht konstitutiv. Dessen Pflichten waren auf der Grundlage der "bona fides" geregelt.¹⁷⁾ Eine Verletzung dieser Pflichten machte der Mündel mit der "actio tutelae" geltend.¹⁸⁾ So dürfen wir es mehr dem Zufall zuschreiben, daß die Urkunde aus Rieti ein Zeugnis für das Vorhandensein der gesuchten Arglistklauseln gibt.

In den wenigen auf uns gekommenen Schenkungs- und Verkaufsurkunden aus vulgärrechtlicher Zeit stellen wir daneben den Gebrauch anderer Arglistklauseln fest: 19) Schenkungsurkunde an die Kirche von Ravenna anno 553: 20) "...Huic tam legaliter perfectae donationi dlm (= dolus malus) abesse afuturumque esse promittimus." Ferner folgende Fassung in einer Schenkungsurkunde: 21) "...haec irrevocabiliter me donasse profiteor: Quam donationis meae paginam omni vi dolo metu & circumscriptione cessante".

Die erste Klausel, die schon auf ein ehrwürdiges Alter zurückblicken kann, ²²⁾ bezieht sich ihrem Wortlaut nach auf zwei auseinander zu haltende Tatbestände. Im ersten Teil betont der Schenker, daß die Schenkung dem Gesetz entsprechend ohne Einwirkung von Arglist von irgendwelcher Seite zustande gekommen ist. Der zweite Teil enthält das Versprechen, den durch die Urkunde herbeigeführten Rechtszustand nicht mittels künftiger arglistiger Machenschaften zu stören. Die Bedeutung der zweiten angeführten Formel scheint ebenfalls darin bestanden zu haben, die Abwesenheit von Arglist, Gewalt und Drohung bei Vertragsabschluß zu versichern. Die Tatsache, daß gerade der Schenker die Erklärungen abgibt, legt die Vermutung nahe, daß sie einen Verzicht auf künftige Anfechtung der Schenkung aus den genannten Gründen darstellen sollen.²³⁾

17) Vgl. K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.1, S. 306 f.

18) Vgl. K a s e r , Röm.Privatrecht, Bd.2, S. 167 für das nachklassische Recht.

19) Ausführlich handelt von ihnen schon Fuhr , Zur Entstehung, S. 26ff.

20) Abgedruckt bei Tjäder Olaf, Papyri P.13 = Marini Nr. 86; weitere Beispiele Marini Nr.84, 85, 89, 92.

21) T j ä d e r , Papyri P.20 = Marini Nr.93.

22) Hierüber berichtet T j ä d e r , Papyri, S. 266.

23) In diesem Sinne auch F u h r , Zur Entstehung, a.a.O..

Die vulgärrechtlichen Urkunden bedienen sich vorzugsweise der beiden eben erwähnten Arglistformeln. Der Gebrauch von "sine dolo vel fraude" etc. dagegen ist in Schenkungs- und Verkaufsurkunden nicht bezeugt. Das legt die Vermutung nahe, daß letztere Klauseln hier nicht beheimatet sind. Wir müssen daher annehmen, daß die gesuchten Formeln nur im Rahmen von solchen Obligationen gebraucht wurden, die unter den Parteien oder mindest für eine Partei besonders intensive, über das gewöhnliche Maß hinausgehende Treupflichten erzeugten, für welche Rechtsbeziehungen ein Vormundschaftsverhältnis ein typisches Beispiel darstellt.

II. Arglistklauseln in öffentlichrechtlichen Eiden.

Eine Bestätigung obiger These sehe ich darin, daß aus justinianischer Zeit ein Beamteneid überliefert ist, der unsere Formel ebenfalls enthält: 24)

"Iusiurandum quod praestatur ab his, qui magistratus suscipiunt: Juro per Deum omnipotentem....quod puram conscientiam et ingenuum servitium Dominis nostris Justiniano et Theodoraë, coniugie eius, in magistratu a Pietate eorum omnemque laborem sine dolo et omni fraude pro illorum Imperio et republica suspecturus sim...."

Der Beamteneid ist nicht erst im Ostreich Justinians entstanden. In den ersten Zeiten der Republik ist allerdings von einer Beeidigung der Beamten ebensowenig die Rede wie beim altrömischen Königtum.²⁵⁾ Das Curiat als solches sollte wohl die Kraft einer Beeidigung haben. Nach Zeugnissen aus der Kaiserzeit, die aber auf die Republik übertragen werden können, hatte der erwählte Magistrat vor der Renuntiation, der feierlichen Verkündung des Wahlergebnisses durch den Wahlleiter, seine Loyalität eidlich zu versichern.²⁶⁾ Darüber hinaus kam in den letzten Jahrhunderten der Republik ein Eid der Beamten unmittelbar nach Amtsantritt auf.²⁷⁾ Einzelne Wahlgesetze schreiben den künftigen Beamten sogar vor, binnen bestimmter Frist, meist 5 Tagen, nach Amtsübernahme einen Eid auf Einhaltung der Gesetze zu leisten. 28/29) Ein auf alle

24) Abgedruckt bei B e r g m a n n , Das römische Recht aus dem Munde seiner Verfasser, § 735, S. 372.

25) Vgl. H e r z o g , Röm.Staatsverfassung, Bd.1, S.683;

26) Hierzu M o m m s e n , Abriß des röm. Staatsrechts, S. 133; ders., Staatsrecht Bd.1, S. 619; H e r z o g , a.a.O., S. 661.

27) Er ist von dem erwähnten Eid der Renuntiation zu scheiden, M o m m s e n , Abriß a.a.O.

28) "iurare in leges"; hierzu M a d v i g , Verfassung u. Verwaltung des Römischen Staats, Bd.1, S.363.

29) Das Verhältnis des Magistrats zu den Gesetzen ist ein doppeltes, ein moralisches und ein rechtliches. Aus letzterem ergibt sich die Möglichkeit gerichtlicher

Beamten bezogener und für sie obligater Eid wird um 200 n.Chr. erwähnt. 30)

In der Literatur werden noch andere öffentlichrechtliche Treueide erwähnt. Unbekannt ist zwar ein Eid für den beamteten Richter, 31) es bürgerte sich aber schon früh ein, den privaten Urteilsfindern, den sog. Geschworenen, vor der Verhandlung einen die Unparteilichkeit betonenden Eid abzunehmen, der in die Hand des Prozeßleiters gesprochen wurde. 32) Ferner ist die Einrichtung der Fahneneide aus dem römischen Rechtsleben bekannt. Schon in den ältesten Zeiten ist es Recht des amtierenden Magistrats, den zum Wehrdienst einberufenen Bürgern einen Treueid abzunehmen. 33) Später erlangte der zur Anerkennung des neuen Regenten seitens der Soldaten geleistete Eid der Treue der Praetorianer wie der Provinzialheere überragende politische Bedeutung (Soldatenkaiser!). 34) Von diesem Fahneneid ist endlich der sog. "Lagereid" 35) zu scheiden, mit dem sich der Soldat verpflichtete, im Heerlager Ruhe und Ordnung zu halten.

Ist nach allem unzweifelhaft, daß der Beamteneid Justinians auf ältere Vorbilder zurückgreifen konnte, dürfen wir auch vermuten, daß schon in wesentlich früherer Zeit die Formel "sine dolo et omni fraude" oder eine ihrer Abwandlungen Bestandteil jener Eide war. Ein genauer Wortlaut ist leider nicht überliefert. Dolusvorstellungen spielten aber sicher eine Rolle, wie eine Stelle des Stadtrechts von Salpensa aus gracchischer Zeit, betreffend einen Beamteneid, zeigt: 36)

Forts.der Fußnote 29) von S.11.

verfolgung, das erstere findet seinen Ausdruck im Eid, vgl. H e r z o g , Röm.Staatsverfassung, Bd.1, S.683. Der Eid ist somit nicht konstitutiv für die Begründung der Magistratspflichten, immerhin zieht seine Nichtleistung Amtsverlust nach sich, vgl. M o m m s e n , Abriß, S. 133.

30) H e r z o g , a.a.O.; in gleicher Weise schwören die Beamten am Ende ihrer Amtszeit gewöhnlich, den Gesetzen gemäß gehandelt zu haben.

31) M o m m s e n , Röm.Strafrecht, S.395; M a d v i g , Verfassung und Verwaltung, Bd.2, S. 308.

32) M o m m s e n , a.a.O.

33) M o m m s e n , Abriß, S. 260; ders., Staatsrecht, Bd.1, S. 620, Anm3.

34) Zuerst schworen die Feldherren und Offiziere dem neuen Prinzipen Treue, dann der praefectus praetorio, daran reihten sich die Eide der Magistrate und Senatoren; vgl. zu allem M a d w i g , Verfassung und Verwaltung, Bd.1, S. 546.

35) M a d v i g , a.a.O., Bd.2, S. 479.

36) Der Text ist entnommen bei Mommsen, Röm.Staatsrecht, Bd.1, S.620, Anm.3; vgl. auch einen ähnlichen Beamteneid der lex Malac.c.59, abgedruckt bei H e r z o g , Röm.Staatsverfassung, Bd.1, S.661.

"...se quodquomque ex hac lege exque re communi municipium.....censat, recte esse facturum neque adversus h.l. remve communem municipum facturum scientem dolo malo....."

Der Originaleid könnte die gesuchte Formel "sine dolo malo" enthalten haben, wie dies etwa bei einem Lagereid 37) aus dem ersten vorchristlichen Jahrhundert der Fall ist, durch welchen der Soldat verpflichtet wird, Fundsachen dem Eigentümer, sofern er ihm bekannt ist, "sine dolo malo reddere".

Vermögen diese Überlegungen einen quellenmäßigen Beweis nicht voll zu ersetzen, so gewinnt die hier vertretene These jedoch dadurch an Wahrscheinlichkeit, daß die an Hand der Quellen gesicherten Fundstellen, nämlich der justinianische Beamteneid und der rietinische Vormundschaftseid aus damals bereits getrennten Rechtskreisen stammen. Ost- und weströmisches Recht gingen bereits eigene Wege. Wenn wir trotzdem in beiden Rechtskreisen Arglistklauseln finden, die in Konstruktion und rechtstechnischer Verwendung übereinstimmen, dazu noch in verschiedenen Rechtsgebieten (hier öffentliches, dort privates Recht) vorkommen, dürfen wir vermuten, daß hier gemeinsames, überkommenes Rechtsgut vorliegt.

Fassen wir kurz zusammen: Im römischen Recht der Vulgarzeit begegnen mehrere Fassungen von Arglistklauseln. Verkaufs- und Schenkungsurkunden aus jener Zeit bevorzugen die Fassung "omni vi dolo metu & circumscriptione cessante", "dolum malum abesse afuturumque esse promitto". Dagegen enthalten feierliche Versprechen, die im Rahmen intensiver Treuverhältnisse abgegeben werden, die Formeln "sine dolo et omni fraude", "sine qualicumque dolo vel fraude". Diese Formeln sind auf privatrechtlichem wie öffentlichrechtlichem Gebiet bezeugt. Sie dürften in ihrem Ursprung in frühere Zeit hinaufreichen. Während die Bedeutung der Klauseln der ersten Gruppe darin liegt, die vollzogenen Rechtsgeschäfte vor künftigen Anfechtungen aus genannten Gründen zu schützen, fanden die Klauseln der zweiten Gruppe in diverse Versprechenseide Aufnahme, um an bereits kraft Gesetzes bestehende Treupflichten zu erinnern bzw. diese einzuschärfen.

37) Abgedruckt bei B e r g m a n n , Das Römische Recht, § 1019, S. 502, der ihn fälschlich als Fahneneid bezeichnet.

Kapitel 3: Arglistklauseln im fränkischen Rechtskreis:
in Treueid und schuldrechtlichen Versprechen.

I. Vorbemerkung

Wie im römischen Quellenmaterial stoßen wir auch im fränkischen Rechtskreis des frühen Mittelalters äußerst selten auf Arglistklauseln, obwohl die wenigen Fundstellen ihr Vorhandensein beweisen. In weiten Quellenbereichen, besonders den volksrechtlichen Aufzeichnungen, aber auch dem Urkundenmaterial bleibt die Suche nach lateinischen Entsprechungen der Gefährdeklausel vergeblich. Das liegt nicht etwa am Fehlen von Arglistvorstellungen überhaupt, da regelmäßig Fundstellen für "fraus" und "malum ingenium", selten für "dolus" aufzeigbar sind.

Die für das römische Recht gegebene Erklärung läßt sich nicht auf die germanische Situation übertragen. Hier vermag aber die Arbeit von Gerhard D i l c h e r "Paarformeln in der Rechtssprache des frühen Mittelalters" aufzuhellen.¹⁾ D i l c h e r stellt anläßlich der Untersuchung der Paarformeln fest, daß letztere in den Quellen immer dort auftreten, wo der Text das gesprochene Wort unmittelbar wiedergibt, vornehmlich bei wörtlicher Aufzeichnung von Eiden.²⁾ Die Paarformel sei nämlich ein wichtiges Stilmittel der germanischen Rechtssprache gewesen. Dies sei aus der "mythischen" Bedeutung des gesprochenen Wortes und dem Bestreben des damaligen Rechts zu verstehen, die nicht ausgebildete Abstrahierungsfähigkeit durch eine Aneinanderreihung inhaltlich ähnlicher, aber konkreter Begriffe zu ersetzen.³⁾ Dagegen fehlten in den Bußkatalogen der Volksrechte Paarformeln vollkommen, weil sie nicht gesprochenes Wort enthielten.

Nun ist "ane gefährde" selbst freilich keine Paarformel, wenn es auch öfters in Verbindung mit "ane argeliste" auftaucht. Dagegen zeigen die wenigen lateinischen Simultanstellen des Ausdrucks noch im 13. Jahrhundert fast ausschließlich Doppelausdrücke, und ebenso bestehen die fränkischen Arglistklauseln ausschließlich aus Paarformeln. Und bezeichnenderweise treten sie dort auf, wo die Quelle gesprochenes Wort wiedergibt: im Treueid, im Vertrags- eid, im prozessualen Wahrheitsversprechen. Hieraus erklärt sich die Unergiebigkeit der Durchsicht frühmittelalterlicher Quellen. Da sie nur selten wörtliche Zitate enthalten, finden sich auch (paarige) Arglistklauseln nur selten. Diese Seltenheit darf aber aus dargelegten Gründen nicht von vornherein zum Ausgangspunkt falscher Schlüsse gemacht werden.

1) Frankfurter juristische Dissertation 1961.

2) D i l c h e r , Paarformeln, Kap.5, S. 26 ff.

3) D i l c h e r , Paarformeln, Kap.15, S. 69 ff. (74 ff.).

II. Analyse der Ausdrücke "fraus", "dolus", "malum ingenium" in fränkischen Quellen.

Ehe an eine Untersuchung der fränkischen Arglistklauseln herangegangen wird, soll noch ein weiteres geklärt werden: die Wortbedeutung der einzelnen Bestandteile der Arglistklauseln, wie wir sie bereits aus unserm anfänglichen Überblick kennen. Greifen wir einige beliebige Beispiele aus den Volksrechten der Germanen heraus. In Ed. Rothari lex c.305 heißt es: 4)

"si quis fossa circa campum suum fecerit et cavallus aut alter peculius ibidem ceciderit aut homo pericollitaverit, non requiratur ab ipse cuius fossatum invenitur esse quia pro salvatione campi sui fecit, nam non dolose tractaverit."

Richtigerweise geben wir "dolose" an dieser Stelle mit heimlicher Schädigungsabsicht wieder. Wer einen Graben um sein Besitztum errichtet, soll nicht Schadensersatzpflichtig sein, wenn Personen- oder Sachschaden entsteht, weil, wie das Gesetz typisch schließt, derjenige, der offen, für jedermann sichtbar ein Hindernis errichtet, die Schädigung weder beabsichtigte noch diese ihm zugerechnet werden kann. Daß das Gesetz gerade die Errichtung eines für jedermann erkennbaren Grabens im Auge hat, wird aus dem Nachsatz erkennbar: 5) "et si eum occulte cooperierit (et) damnum, si factum fuerit, componatur ab ipso, qui occulte fecit."

Ebenso wird man folgende Stelle der Lex Saxoniae 6) mit hinterlistig übersetzen:

"qui alteri dolose per sacramentum res proprias tollere vult, duobus aut tribus de eadem provincia idoneis testibus vincatur et si plures fuerint melius est."

Die Gesetzesstelle meint den Fall, daß die gerichtliche Entscheidung über Eigentumsverhältnisse an Grundstücken oder Fahrhabe von eidlichen Versicherungen der Parteien abhängt. Der Kläger schwört, daß ihm die Sache gehöre, Beklagter beweist aber mittels Nachbarzeugnis sein Besitzrecht. 7) Das Gesetz geht nun davon aus, daß der Klä-

4) Zitiert nach Franz Beyerle, Die Gesetze der Langobarden, Weimar 1947.

5) Beyerle, a.a.O.

6) lex sax.c.39; zitiert nach Eckhardt, Germanenrechte.

7) Die Auslegung der Gesetzesstelle ist in der Literatur heftig umstritten. Mayer-Homburg, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S.92, hält den dolosen Eid für einen Beklagteneid, der durch Nachbarzeugnis überwunden wird; ähnlich Loening, Der Reinigungseid, S. 17: Dem Beklagten werde die Reinigung durch Gemeindezeugnis verlegt. M.E. bezieht sich die Gesetzesstelle auf das Verfahren beim Anefang (näheres zu dieser Klage unten S.38f.); derjenige, der den dolosen Eid leistet, möchte dem anderen die Sache entreißen ("tollere"). Das kann nur der Angreifer, der Kläger, sein. Der besitzende Beklagte wehrt lediglich ab. Der Kläger

ger durch seinen Eid die Richter täuschen und sich so des Gerichts zur Schädigung des Prozeßgegners bedienen wollte. Es bezeichnet daher sein Verhalten als hinterlistig, dolos.

Besonders aufschlußreich ist eine Stelle des bairischen Volksrechts: 8)

"si quis alienum servum ad furtum suaderit, aut aliquid damnosum in fraudem domini sui, ut posset accusare eum, et fraus ipsa fuerit detecta per investigationem iudicis, dominus nec servum nec aliquid damni pro compositione faciat, sed ille cuius conclusionem crimen admissum est, tamquam fur damnetur..."

"fraus" in der ersten Erwähnung meint den Schaden, das vollendete Delikt. Die zweite Stelle zeigt "fraus" als Oberbegriff, der sowohl das heimliche Anstiftungsverhältnis als auch das "furtum" beinhaltet. So können wir hier ebenfalls das Element der Heimlichkeit feststellen, war doch gerade der Diebstahl den Germanen wegen seiner Heimlichkeit verhaßt.9)

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf "malum ingenium". Dieser Ausdruck kommt besonders häufig in den Urkunden der fränkischen Epoche vor, 10) begegnet aber auch in der Lex Salica: 11)

"si quis per malo ingenio in curte alterius aut in casa vel in quodlibet aliquid de furto miserit, hoc est nesciente domino et ibi inventus fuerit mallobergo frictobiero, hoc est MMD dinarios qui faciunt solidos LXIII culpabilis iudicetur."

Jemand legt in böser Absicht Diebesgut in eines andern Haus, damit es dort gefunden und der Hausherr des Diebstahls angeklagt werde.12) "malum ingenium" bezeichnet also die böse Absicht, aber in dem Wort schwingt bereits die Modalität der Ausführungsweise mit. Die Schädigung soll mittels einer heimlichen Handlung verwirklicht werden. Sehen wir nämlich das Vorhaben vom Geschädigten aus an, so tritt die Schädigung ihm nicht offen entgegen. Der Gegner arbeitet vielmehr im Verborgenen und gibt keine Möglichkeit der Abwehr.

Forts.von Fußnote 7) S.15.

schwört einen dolosen Voreid, dessen Folgen der Beklagte jedoch mittels Zeugen abwenden kann; so auch Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S. 456.

- 8) lex bai.c.9,6; zitiert nach Eckhardt, Germanenrechte.
- 9) Wilda, Germanisches Strafrecht, S. 569; das drückt sich durchweg in höheren Bußen aus, vgl. lex sal.c.34,4, welche Stelle statt der Normalbuße von 15 solidi 63 solidi normiert.
- 10) Siehe unten S.47f.
- 11) lex sal.34,4.
- 12) Verweigerte der Hausherr dem spurfolgenden Bestohlenen die Haussuche und wurde die Diebesbeute dennoch darin gefunden, so schloß das germanische Recht, ohne Gegenbeweis zuzulassen, auf die Dieblichkeit des Weigernden, vgl. Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip, S.21.

Alle diese Beispiele, die sich beliebig vermehren ließen, zeigen uns, welche Elemente in den lateinischen Arglistausdrücken stecken, 13) wobei jedoch vorweg zu betonen ist, daß wir an diese Ausdrücke nie mit den Augen eines rechtstechnisch geschulten Juristen von heute herangehen dürfen. Wir können lediglich die typischen Elemente herausstellen, die im Einzelfall auch fehlen mögen.

Doloses Handeln ist getragen vom Vorsatz. Eine fahrlässig verwirklichte "dolose" Tat begegnet in den Quellen nicht. Jedoch ist der Ausdruck "dolus" bzw. "fraus" kein Terminus im dogmatischen Sinn. Einen Vorsatzbegriff entsprechend unserer heutigen Lehre vom Verbrechensaufbau oder als Haftungsmaßstab des Zivilrechts kennt das frühmittelalterliche, ungelehrte Recht nicht. 14)

Vorsatz und Absicht sind ungeschieden, wobei aber sogleich wieder zu bemerken ist, daß wir vergeblich nach einem abstrakten Absichtsbegriff suchen werden. 15) Die Quellen bezeichnen die Willensrichtung nach Laienart immer farbig, indem aus dem zur Bezeichnung der Absicht gewählten Wort zugleich das Motiv der Handlung, die Modalität der Verbrechensausführung oder der Grad der verbrecherischen Energie ersichtlich wird. 16)

Als Element "doloser" usw. Handlungsweise stellten wir die Heimlichkeit fest. Es handelt sich stets um gewaltloses Unrecht, das im Gegensatz zum Gewaltakt steht. List und Täuschung sind seine Mittel.

Die mit "dolus" ausgeführte Handlung erstrebt einen Schaden. Daher kommt es, daß der juristisch nicht geschulte Sprachgebrauch gelegentlich auch das vollendete Verbrechen, den Schaden als "fraus" bezeichnet. 17)

Somit stellen wir abschließend fest, daß die in den Quellen der fränkischen Epoche für "gefährde" stehenden Ausdrücke "fraus", "dolus" und "malum ingenium" untechnische Begriffe sind, die sowohl einen Gesamtvorgang, wie dessen einzelne Phasen, wie auch lediglich seine subjektive Seite umschreiben.

13) Eine Analyse der lateinischen Gefährdeentsprechungen der Frankenzeit bringt schon F u h r , Zur Entstehung, S. 65 ff; er kommt zum selben Ergebnis wie die vorliegende Arbeit.

14) W i l d a , Germ.Strafrecht, S. 569.

15) Für das mittelalterliche Strafrecht vgl. Rudolf H i s , Strafrecht, Bd.1, S. 68 ff. und die Darstellung unten S.93 ff.;

16) Es lassen erkennen das Motiv: per invidiam, per inimiciam, odiose; die Modalität: fraudulenter, violent, per ingenium, per machinationem; den Grad der verbrecherischen Energie: asto animo, temerarius.

17) Vgl. die Besprechung von lex bai. 9,6 oben S.16.

III. Fränkische Arglistklauseln.

Im germanisch-fränkischen Rechtskreis finden wir die Formeln "sine dolo vel fraude" usw. in ähnlichem Zusammenhang wie in römischen Quellen. In einem Vertrag anno 587 zwischen zwei fränkischen Teilkönigen legen diese ihre Streitigkeiten bei, grenzen Herrschaft und Besitztum gegenseitig ab und vereinbaren, künftig einander in Liebe und Treue zu begegnen. Danach schwören die Vertragspartner, das Vereinbarte unverbrüchlich zu halten:18)

"His itaque omnibus definitis, iurant partes per Dei omnipotens nomen et inseparabilem trinitatem vel divina omnia ac tremendeum diem iudicii, se omnia quae suprius scripta sunt absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio inviolabiliter servaturos."

Ein Edikt Karls des Großen aus dem Jahre 789 überliefert den Wortlaut eines Treueides, den ihm seine Untertanen schwören mußten: 19)

"De sacramentis fidelitatis causa, quod nobis et filiis nostris iurare debent, quod his verbis contestari debet: sic promitto ego ille patribus domini mei Caroli regis et filiorum eius, quia fidelis sum et ero diebus vitae meae sine fraude et malo ingenio."

1. Die Arglistklausel im Treueid.

Den Zugang zu diesen Formeln wollen wir uns verschaffen, indem wir zunächst den Treueid näher untersuchen.

In germanischer Zeit bedeutete Untreue gegen die Gemeinschaft ein Unrecht, das Strafe nach sich zog.20) Als in fränkischer Zeit das Königtum immer stärker in den Vordergrund trat, wandelte sich die Treue gegen die Gemeinschaft zur Verpflichtung zur Treue gegenüber dem Träger der königlichen Macht; sie wird zur Königstreue. Die Verpflichtung zu dieser Treuehaltung entsprang dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und wurde von einer gewohnheitsrechtlichen Norm gefordert, ohne daß sich der einzelne Volksgenosse dazu hätte individuell verpflichten müssen oder er sich hätte der rechtlichen Forderung der Treue entziehen können.21) Allerdings war der Tatbestand der Infidelität begrenzt auf schwere Verbrechen.22)

18) Nach Gregor v. Tours, MG Script.Merow., Bd.1, S.377 = MG Capitularia Bd.1, Nr.6.

19) MG Capit. Bd.1, Nr.23, Ziff.18.

20) Zu allem vgl. Brunner - v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S. 73 f.

21) Gierke Otto, Schuld und Haftung, S.136; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, a.a.O.

22) Brunner, a.a.O.; ders., Rechtsgeschichte Bd. 2, S. 881; neuerdings ausführlich Scheyhing Robert, Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, 1961, S. 18ff.

Trotz dieser ohnehin vom Volksrecht gebotenen Treue bürgerte sich die Gewohnheit der frankischen Könige ein, sich die von ihren Untertanen geschuldete Treue eidlich versichern zu lassen. 23) Solche Treueide sind bereits aus dem sechsten Jahrhundert bekannt. Karl der Große nimmt als erster Karolinger die Tradition wieder auf.

Die Merowingerkönige mögen mehrere Gründe zur Einführung der Eide veranlaßt haben. Zweifellos spielte das Bestreben der Herrscher, die Untertanen enger an ihre Person zu binden, eine tragende Rolle. Der oben berührte Prozeß der allmählichen Zentralisierung der Macht in einer Hand vollzog sich nur langsam und unter großem Widerstand, insbesondere seitens des Adels. Nur langsam wird das Königtum seinen erhobenen Anspruch auf unbedingten Gehorsam durchgesetzt haben. Der Treueid war ein vortreffliches Mittel, die Treuverpflichtung nachdrücklich ins Bewußtsein zu rufen. 24) Darüberhinaus empfängt die Treupflicht durch den Eid eine starke religiöse Verhaftungskraft. 25) Beim Eid ruft der Schwörende die Götter - in christlicher Zeit die Heiligen - zu Zeugen seiner lauterer Gesinnung an; bei Nichteinhaltung soll ihn die angerufene Eidesmacht strafen; der Eid ist damit bedingte Selbstverfluchung, und "Furchtvorstellungen und -empfindungen von krassem Aberglauben bis zu verfeinertem, religiös sittlichem Gewissensbedenken (bilden) die eigentliche ratio" 26) des Eides. Diese irrationalen Mächte wurden in den Dienst der königlichen Machtentfaltung gestellt. Zugleich stellte aber der - oft erzwungene - Treueid, eine Machtdemonstration der Könige, die gewohnheitsrechtliche Bindung auf eine zusätzliche vertragliche Grundlage. 27) Wer den Eid leistete, setzte seine ganze Persönlichkeit für die Einhaltung seines Versprechens ein. Ein Bruch des Versprechens ermöglichte dem Versprechensempfänger Zugriff und Bestrafung auf der rechtlich klarer umrissenen vertraglichen Grundlage. 28)

23) Zum Treueid vgl. neben der in Note 21 angegebenen Literatur W a i t z , Verfassungsgeschichte, Bd.3, S. 290 und Bd.2, Teil 1, S. 206; S c h e y h i n g R o b e r t , Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, passim.

24) Derselbe Grund mag die Herrscher bewogen haben, auch von den Bewohnern eben erst unterworfenen Gebiete einen Treueid zu fordern.

25) Vgl. G i e r k e , Schuld und Haftung, S. 137.

26) Zitiert nach M a y e r - H o m b e r g , Beweis u. Wahrsch., S. 67 f.

27) Diese vertragliche Verpflichtung tritt neben die gesetzliche Treupflicht; vgl. G i e r k e , a.a.O., B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S. 886.

28) Nach B r u n n e r , a.a.O., S. 85 vermengt sich mit der arbiträren Strafgewalt, die der König in den Fällen der Infidelität ausübte, in fränkischer Zeit der Begriff der königlichen "unhuld" oder Ungnade, die für den Fall einer Übertretung eines königlichen Be-

Der Treueid gab nämlich dem König insbesondere ein treffliches Mittel ab, die volksrechtlich nicht klar bestimmten Vorstellungen über den Inhalt der Treuverpflichtung zu verdeutlichen, darüberhinausgehend positivrechtlich zu erweitern und damit letztlich auch die Strafe für Infideltät zu manipulieren.²⁹⁾ Hierbei spielte die in den Treueid aufgenommene Formel "sine fraude et malo ingenio" als Generalklausel eine nicht unbedeutende Rolle. Dadurch wurde klargestellt, daß alle Hinterlist und Arglist, eben das Gefährde, wie es durch die Ausdrücke "fraus" und "malum ingenium" begriffen wird,³⁰⁾ im Verhältnis König - Untertan keinen Platz hat und pönalisiert ist. Der Treueid der Karolinger war damit auf eine umfassende Treuverpflichtung angelegt. Er soll alles Handeln erfassen, das auf Schmälierung der königlichen Stellung abzielt, jeden Ungehorsam gegen die königlichen Befehle. Auch kleine und kleinste Vergehen soll der Treueid erfassen. Dies zeigte mit wünschenswerter Deutlichkeit die Belehrung, die Karl anno 802 über die mit dem Treueid verbundenen Pflichten abgab.³¹⁾

Für eine exakte Erfassung der rechtlichen Bedeutung der Formel "sine fraude et malo ingenio" im Treueid ist es jedoch unerlässlich, schärfer zu scheiden. Die Klausel kann nämlich eine Versprechensverstärkung im dem Sinne sein, daß der Versprechende versichert, den Versprechenskern ("fidelis sum et ero") auch wirklich zu halten, das Versprechen aufrichtig und ernsthaft abzugeben, keine geheimen Vorbehalte zu haben.³²⁾ Die Arglistklausel könnte aber auch neben dem Treuwort ("fidelis sum et ero") als zweite Hauptverpflichtung etwas Zusätzliches verbindlich machen wollen, was sonst nicht geschuldet wäre. Anders ausgedrückt: es ist in Erwägung zu ziehen, daß das Treuversprechen in der damaligen Zeit nicht eo ipso einen Arglistausschluß enthielt. Die Auseinanderhaltung beider Fragen scheint mir, wie noch zu zeigen ist, entwicklungsgeschichtlich nötig, wenn sie auch in der praktischen Handhabung der Treueide keine Rolle gespielt haben mag.

Forts.v.Fußnote 28) S.19.

fehls angedroht wurde. Neuerdings will dagegen E b e l , Der Bürgereid, S. 165 A.117, den Begriff des Huldverlusts allein auf den Huldigungseid zurückführen, wobei von der Wirkung her der Huldentzug als Friedlosigkeit erscheine und der Huldverlust auch die Form einer arbiträren Strafe annehmen konnte.

29) Hierzu G i e r k e , Schuld u. Haftung, S. 137; B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S. 81; eingehend auch S c h e y h i n g , Eide usw., S.19 ff., der ausdrücklich unterstreicht, daß zur Änderung des Infidelitätstatbestandes der Treueid notwendige Voraussetzung war.

30) Zu den einzelnen Elementen der Ausdrücke vgl. oben S.17.

31) MG Capitularia, Bd.1, S. 92 f.

32) Näher unten S.24 f.

Die zweite Deutung mutet uns zunächst etwas merkwürdig an, denn sie widerspricht völlig unserer heutigen Auffassung von Treue. "Treue" ist uns ein komplexer Begriff, in dem verschiedene Elemente enthalten sind, positive wie negative, u.a. auch ein Arglistausschluß.³³⁾ Wenn wir nun die Frage für die germanische Zeit angehen wollen, können wir zunächst feststellen, daß dem germanischen Recht Treubindungen nicht unbekannt waren. Treue war die soziologische Grundlage des germanischen Gemeinschaftslebens.³⁴⁾ Zwischen Blutsverwandten hatte sie tragende Bedeutung. Daneben konnte schon in alter Zeit eine Treubindung unter Blutsfremden durch Vertrag begründet werden.³⁵⁾ Solche nachgebildete Verwandtschaft entstand im Rahmen der Geschlechtsleite, Wahlkindschaft oder Blutsbrüderschaft.³⁶⁾ Auf einer engen Treubindung beruhte auch die in unserem Zusammenhang bedeutsame Gefolgschaft.³⁷⁾

Der Treubegriff beinhaltete aber in fränkischer Zeit nicht uneingeschränkt dieselben Grundsätze wie der heutige.³⁸⁾ Er war zwar auch auf ein Dauer- und Gesamtverhalten gerichtet,³⁹⁾ war aber in seinem Kern im Wesentlichen negativ ausgestaltet. Untersuchen wir zunächst das in der Treueidsformel "*fidelis sum et ero sine fraude et malo ingenio*"

-
- 33) Vgl. zum heutigen Treubegriff in: Der Große Herder, Bd.11 (1935) unter Rahmenartikel "treue", Spalte 1439/40; schon bei den Römern standen Arglisthandlungen in diametralem Gegensatz zur Treue, vgl. Paulus Dig. 17,2,3,3: "... fides bona est contraria fraudi et dolo".
- 34) Planitz-Eckhardt, Rechtsgeschichte, S. 22.
- 35) M i t t e i s , Deutsche Rechtsgeschichte, S. 14.
- 36) Zur Schwurfreundschaft vgl. Wolfgang F r i t z e , Die fränkische Schwurfreundschaft in der Merowingerzeit, in: ZRG germ.Abt., Bd.71, S. 74 ff.
- 37) Zur klassischen Lehre von der Gefolgschaft vgl. statt aller B r u n n e r , Deutsche Rechtsgesch., Bd.1, S. 186 ff.; gegen die abgewogene Lehre neuerdings Hans K u h n , Die Grenzen der germanischen Gefolgschaft, ZRG germ.Abt., Bd.73, S. 1 ff.
- 38) Eine umfassende Untersuchung des Treubegriffs der Frühzeit fehlt allderdings noch. Ansätze finden sich bei Walter S c h l e s i n g e r , Herrschaft und Gefolgschaft in der germanischen Verfassungsgeschichte, Historische Zeitschrift, Bd.176, S. 225 ff. (235); Wolfgang F r i t z e , fränk. Schwurfreundschaft, S. 84 ff.; dort auch eine Zusammenstellung der einschlägigen Literatur. Vgl. noch M i t t e i s , Lehnrecht und Staatsgewalt, S. 24, 47 ff., 79 ff., 531.
- 39) Das Erfordernis eines Gesamtverhaltens steht im Gegensatz zur (älteren) vasallitischen Gehorsamsverpflichtung, die auf Erbringung einzelner, periodisch wiederkehrender Leistungen abzielte.

enthaltene "fidelis", hinter dem sich das deutsche Wort "triuwe", "triu" verbergen dürfte. Die Wortbedeutung von "triu" ist zwar in germanischer Zeit noch nicht so umfassend wie später. In vorliterarischer Zeit bezeichnete es wohl eine gegenseitige Abmachung, vielleicht geradezu ein Bündnis.⁴⁰⁾ Die Bedeutungsentwicklung ging von dem Begriff einer konkreten Handlung zu einem Gesamtverhalten, schließlich zur Bezeichnung des Wesens eines Menschen, eines Tieres oder gar einer Sache. Bereits die althochdeutsche Überlieferung zeigt für "triu" aber schon eine reichere, über die ursprüngliche Bedeutung "dauernd", "fest" hinausgehende Bedeutungsentfaltung. Neben der Aufnahme der Wortbedeutung von "credulus" = "gläubig" wird es vor allem ein Grundwort der ritterlichen Ethik. Geht diese Entwicklung hin zum ausgeprägten Tugendbegriff auch nur langsam vor sich, so wird doch schon in fränkischer Zeit mit dem Wort ein Gesamtverhalten charakterisiert.

Dieses Gesamtverhalten muß u.a. auch ein Unterlassen von Arglisthandlungen gegenüber dem Treunehmer gefordert haben. Wir können hierbei wieder auf die Ergebnisse zurückgreifen, die Gerhard D i l c h e r ,⁴¹⁾ anlässlich seiner Paarformelforschung erarbeitete. Nach seinen Ausführungen beherrscht die frühe Rechtsordnung nicht die Fähigkeit zu abstrahieren, nämlich unter Aufstellung eines abstrakten Oberbegriffes als Tatbestandsmoment eine Vielzahl von konkreten, tatsächlichen Beziehungen zu erfassen und damit rechtlich klar einzuordnen. Sie bedient sich daher, um trotzdem zu einer möglichst genauen Umgrenzung des festzulegenden Tatbestandes oder Pflichtenkreises zu gelangen einer oft paarformelartigen Aneinanderreihung zahlreicher Einzelbegriffe, die in ihrer Zusammenschau dann ein Gesamtbild ergeben. In der Regel sei hierbei aber eine erschöpfende Aufzählung der zu normierenden Teilpflichten und -tatbestände weder erreicht worden noch auch nur beabsichtigt gewesen. Die Paarformeln markierten vielmehr meist in einer Art "Umfahrt" lediglich die äußeren Begrenzungen des abzusteckenden Kreises. So hätte z.B. derjenige, der in ein Gefolgschaftsverhältnis eintrete, von Jugend auf gelernt, welche Rechtsbindungen sich aus diesem Eintritt ergäben.⁴²⁾ Der Gefolgschaftseid brauche daher keine ins einzelne gehenden Festlegungen zu enthalten, es genüge, ein paar typische Pflichten aufzuzählen. Entscheidend für uns ist, daß dieselben Erwägungen nach D i l c h e r⁴³⁾ auch für den

40) Zur Semasiologie vgl. G r i m m , Wörterbuch unter "TREU und TREUE"; Trübners Wörterbuch, Bd.7, S.111 unter TREU.

41) D i l c h e r , Paarformeln, Kap.11 und 13.

42) In diesem Sinn spricht E c k h a r d t , Deutsche Rechtsgeschichte a.a.O. von der Treue als gefühlsbetonter Rechtspflicht.

43) D i l c h e r , Paarformeln, a.a.O.

Untertanentreueid zutreffen, der das Untertanenverhältnis gerade nach dem Vorbild der Gefolgschaft gestalten wollte. Besehen wir daraufhin die Eidesformel, so sticht sofort in die Augen, daß mit der Paarformel "sine fraude et malo ingenio" gerade ein Ausschluß arglistigen Verhaltens festgelegt wird. Wir dürfen nach dem Vorgesagten somit vermuten, daß diese Klausel geradezu einen Eckpfeiler des Untertanenverhältnisses und damit des gefolgschaftlichen Treuverhältnisses darstellt, das Treuverhältnis also die Pflicht zu arglistfreiem Verhalten impliziert.

Diese These wird zusätzlich von der Lehre von M i t t e i s 44) untermauert, wonach der fränkische Treubegriff in seinem Kern negativ ausgestaltet war. Wenn etwa der königliche Antrustio der Merowingerzeit "trustem et fidelitatem" 45) verspricht, so hat dies wesentlich den negativen Sinn, schädigendes Verhalten unterlassen zu wollen. Erst in karolingischer Zeit werden Ansätze eines Strebens sichtbar, der Treue auch positiven Inhalt zu geben. Im 9. Jahrhundert erst entwickelt sich das Schlagwort "consilium et auxilium", das den Treueverpflichteten anhält, dem Treuenehmer mit Rat und Tat beizustehen. 46)

Diese Feststellungen M i t t e i s ' sind für die oben aufgeworfene Frage bedeutsam. Da also der germanische-fränkische Treubegriff gerade negativ ausgestaltet ist und die Treueverpflichtung in erster Linie darauf abzielt, schädigendes Verhalten zu unterbinden, ist die Deutung naheliegend, daß die im Treueid verwendete, bezeichnenderweise negativ gefaßte Arglistklausel "sine fraude et malo ingenio" einen Ausfluß des im Treubegriff liegenden Arglistausschlusses, einer negativen Verhaltenspflicht, darstellt. Denn wenn der Schwörende schon verpflichtet ist, alles zu unterlassen, was dem Treuherrn schadet, mußten erst recht positive Arglisthandlungen gegen das Treuband verstoßen. Nach T a c i t u s 47) war es für den Gefolgsmann bereits eine Schande, dem in der Schlacht gefallenen Herrn nicht in den Tod gefolgt zu sein. Eine absichtliche Schadenszufügung durch "fraus" hätte sich nach allem mit dem Treuband schon gar nicht vertragen.

44) Lehnrecht u. Staatsgewalt, S.24, 47 ff.

45) Über den Treueid des Antrustio unterrichtet ein Formular der Marculfischen Formelsammlung (Form.Marc. I 18, MG Formulae); zum Antrustionat vgl. M i t t e i s, Lehnrecht und Staatsgewalt, S.20 ff.

46) Hierzu eingehend M i t t e i s, a.a.O., S.79 ff.; ferner S c h e y h i n g, Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, S.43; E. M ü h l b a c h e r, Die Treupflicht in den Urkunden Karls des Großen, in: Mitteilungen des Instituts f.österr.Geschichtsforschung, Erg.Bd.6, S.874 ff.

47) Germania c.14.

Nach dem Gesagten ist es nun nur noch ein logischer Schritt, der Arglistklausel im Treueid in rechtlicher Hinsicht keine konstitutive Bedeutung beizumessen. Da der Treubegriff bereits einen Arglistausschluß beinhaltet, konnte der Gebrauch der Formel "sine fraude et malo ingenio" keine zusätzlichen, sonst nicht geschuldeten Pflichten im Rahmen des Untertanenverhältnisses schaffen; die Klausel steht gleichsam nur stellvertretend für einen Pflichtenkreis als Formulierung einer markanten Einzelpflicht. Auch wenn der Untertan seinem Schwur, er wolle treu sein, nicht die Wendung "sine fraude et malo ingenio" hinzufügte, konnte er wegen Arglisthandlungen zur Rechenschaft gezogen werden. M.a.W., die der lateinischen Formel zugrundeliegende ahd. Klausel wollte durch Gebrauch von "fidelis" und "sine fraude et malo ingenio" nebeneinander nicht zwei zu trennende Pflichtenkreise verbindlich machen. 48)

2. Die Arglistklausel in sonstigen Schuldversprechen, insbesondere dem Treugelöbnis.

Gehen wir nunmehr jener zweiten oben angedeuteten Bedeutungsmöglichkeit nach. Der Treueid ist ja lediglich ein Unterfall des allgemeinen Schuldversprechens; wie weit das Treuversprechen als Schuldversprechen bindend war, bestimmt sich daher nach allgemein schuldrechtlichen Gesichtspunkten. Und hier scheint nun die Arglistklausel als Konkretisierung der Vertragstreue einen weitergehenden Zweck erfüllt zu haben. Wir wollen uns den Gedankengang zunächst am heutigen Recht klarlegen. 49)

Der Vertragsschluß erzeugt für die Parteien Bindungen, sei es, daß nur einer Schulaner wird, sei es, daß beide Vertragspartner verpflichtet werden. Die Verpflichtungen können verschiedenen Inhalt und Charakter, auch verschiedenen Intensitätsgrad besitzen, z.B. die Ehe gegenüber einem Darlehensvertrag. Diesen hauptsächlichen Leistungsgegenstand nennen wir den Leistungskern, den primären Leistungsinhalt. Daneben erfordert aber die Leistungspflicht über den unmittelbaren Leistungsgegenstand hinausgehend ein weiteres: das gesamte Verhalten der am Schuldverhältnis Beteiligten hat darauf gerichtet zu sein, die primäre Leistungspflicht zu sichern und unterliegt, soweit es mit diesem in Zusammenhang steht, den Anforderungen von "Treu und Glauben". Letzterer Grundsatz besagt, daß jeder in Treue zu seinem Wort stehen, sein Versprechen auch einhalten und das Vertrauen, das die Grundlage jeder menschlichen Beziehung ist, nicht enttäuschen oder mißbrauchen soll. Diese letztere Pflicht verhält sich zu jener wie die Schale zum Kern. Wir nennen sie sekundäre Leistungspflicht.

48) Unklar in diesem Punkt *D i l c h e r*, a.a.O.; *A.A. F u h r*, Zur Entstehung, S.125 f.

49) Vgl. *L a r e n z* Karl, Lehrbuch d.Schuldrechts, Bd.1, 6.Aufl., 1963, §§ 2 I, 10 I; *M i t t e i s*, Deutsches Privatrecht, S.109 f.

Auch im älteren Recht resultiert die Pflicht, Verträge zu halten, aus dem Treugebot.⁵⁰⁾ Doch dürfen wir von einer Rechtsordnung, die wie die germanische am Anfang der Entwicklung steht, eine ausgeprägte Treubindung nicht ohne weiteres erwarten. Vielmehr hat sich die Rechtspflicht, treu zu seinem rechtlich bindenden Wort zu stehen, als die grundlegendste aller Verhaltenspflichten erst allmählich herauskristallisiert und durchgesetzt.⁵¹⁾ Die in der Frankenzeit gelegentlich in Verträgen gebrauchte Formel "sine fraude et malo ingenio" stellt eine erste Ausprägung dieses Grundsatzes dar.

Betrachten wir den Vertrag der beiden fränkischen Teilkönige Childebert und Guntram.⁵²⁾ Nach Normierung des Inhalts der wechselseitigen Pflichten versprechen die Parteien einander das Zugesagte unverbrüchlich "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio" zu halten und bekräftigen das Versprochene mit einem Eide. Sie legen also ein Treugelöbnis, ein besonders intensives Schuldversprechen ab.⁵³⁾ Hierdurch steht auch bei strikter Verbalinterpretation fest, daß der Leistungspflicht ohne jedes Gefährde nachzukommen ist und arglistiges Verhalten jetzt oder in Zukunft Vertragsbruch bedeutete. Unsere Frage geht aber nun gerade dahin, ob die Aufnahme der Klausel ins Versprechen zur Erreichung dieses Zwecks nötig war. Denn wollten wir unterstellen, im germanisch-fränkischen Recht wäre bereits durch jedes Versprechen eine Treubindung der Parteien eingetreten, hätte es des Zusatzes "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio", der in diesem Zusammenhang zweifellos eine Beteuerung darstellt, aufrichtig, ohne

50) Vgl. S t o b b e , Zur Geschichte des Vertragsrechts, S.26.

51) In diese Richtung geht auch die Bemerkung v. M i n n i g e r o d e s , Rechtsnatur der Treue im ältesten deutschen Recht, in: Festschrift für Jung, S.180, daß, soweit es überhaupt eine Vertragstreue gab, diese bestimmt nicht mit der des heutigen Geschäftsverkehrs zu vergleichen sei.

52) Text des Vertrags auszugsweise oben S. 18.

53) Zum Treugelöbnis vgl. Hübner, Deutsches Privatrecht, § 71, S.524 ff.; Konsequenzen hieraus werden unten S.51f.gezogen. Die im germanischen Recht streng durchgeführte Scheidung zwischen schuldrechtlichem Versprechen und formellem Haftungsgeschäft (grundlegend hierzu die Werke v. A m i r a s , Nordgermanisches Obligationenrecht; Otto v. G i e r k e , Schuld und Haftung; Rudolf S o h n , Das Recht der Eheschließung; Überblick der Meinungen bei H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, § 68, S.493 ff., § 17) bringt für die angeschnittene Frage keine Erschwerung. Regelmäßig wird die Arglistklausel im Versprechen enthalten sein; das hierwegen abgeschlossene Haftungsgeschäft bezieht sich dann auch auf sie. Doch waren Schuld- und Haftungsgeschäft nicht immer äußerlich streng getrennt und konnten ineinander übergehen.

Gerährde der vertraglichen Verpflichtung nachkommen zu wollen, nicht bedurft. Die Unterstellung setzt also voraus, daß es bereits einen allgemeinen Rechtssatz gab, der das Gebot aufrichtig, ohne Hintergedanken zu seinem Wort zu stehen und eingegangene Verbindlichkeiten zu erfüllen, beinhaltete. Die Fragestellung zwingt daher zu einem Blick auf Entwicklung und Struktur des germanischen Schuldrechts.

In germanischer Zeit ist nur ein Schuldrecht minimalen Umfangs erkennbar.⁵⁴⁾ Der Grund hierfür liegt in dem geringen wirtschaftlichen Verkehr, der anfangs ausschließlich Barverkehr, d.h. Austausch von Leistung und Gegenleistung war; ein obligatorisches Versprechen erst künftiger Erfüllung war ursprünglich überhaupt unbekannt.⁵⁵⁾ Erst allmählich bildete der freie Wille der Beteiligten Ursprung einer erst in Zukunft zu erfüllenden Obligation.⁵⁶⁾ Bruch solchen Versprechens wurde in der Frühzeit als strafbares Unrecht angesehen. ⁵⁷⁾

Ob auch schon arglistiger Bruch eines Versprechens als Unrecht angesehen wurde, wissen wir nicht. F u h r ⁵⁸⁾

-
- 54) Vgl. die Lehrbücher der Deutschen Rechtsgeschichte, insbesondere H ü b n e r , Privatrecht, § 67; C o n r a d , Deutsche Rechtsgeschichte, S.61 f.
- 55) An ein Bargeschäft mochten sich aber schon insofern obligatorische Wirkungen anschließen, als der Käufer Sach- oder Rechtsmängel geltend machte, vgl. H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, § 67, S.489 f., § 83 II, III.
- 56) Zur Durchsetzung des Leistungsversprechens bedurfte es allerdings eines Haftungsgeschäftes; vgl. die in Note 53) angegebene Literatur.
- 57) So H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, § 67.
- 58) Zur Entstehung, S.86 ff.; damit sich der Leser ein eigenes Bild machen kann, bringe ich hier eine Zusammenfassung der Erzählungen. Es handelt sich um
- a) die Fenriswolfsaga: Da die Götter in dem jungen, starken Fenriswolf eine Gefahr sehen, sinnen sie auf seine Unschädlichmachung. Der Versuch, ihn mit starken Eisenketten seiner Freiheit zu berauben, schlägt fehl. Nun besorgen sich die Götter eine dünne Zauberkette und schlagen dem Wolf vor, sich zum Spaß zur Demonstration seiner Stärke fesseln zu lassen. Der Fenriswolf ahnt Böses und verlangt zu seiner Sicherheit ein Pfand. Da die Götter ihn aus der Schlinge nicht mehr befreien, verfällt das Pfand dem Wolf.
 - b) Der listenreiche Gott Loki hatte bei einer Wette mit einem Zwerg seinen Kopf verloren. Als dieser jedoch Lokis Haupt abschlagen wollte, wandte Loki ein: Du hast nur meinen Kopf gewonnen, nicht meinen Hals. Der Zwerg wußte nicht, wie er ohne Verletzung des Halses das Haupt lösen konnte. Er mußte daher Loki den Kopf belassen und konnte ihm lediglich mit einer Ahle den Mund zunähen.

zog zum Beweis seiner These, Arglist bei Vertragserfüllung sei schon in ältester Zeit vom ethischen Empfinden der Germanen als Unrecht bewertet worden, zwei Sagastellen aus der jüngeren Edda heran. In der Tat geht aus den Erzählungen hervor, daß Treulosigkeiten im Rahmen der Versprechenerfüllung bestraft wurden. Doch lassen die Stellen einmal keinen generalisierenden Schluß zu. Zum andern ist aber vor allem der methodische Einwand ins Feld zu führen, daß die Aufzeichnungen der jüngeren Edda aus einer weit vorgerückten Zeit stammen, in der auch das nordische Recht gegenüber dem germanischen Urzustand Fortschritte gemacht hatte. Welche zwischenzeitlich eingeflossenen Rechtsvorstellungen in den Erzählungen entgegengetreten, ist schwer zu beurteilen. 59) Halten wir uns daher zunächst an allgemein Anerkanntes aus germanischer Zeit und ziehen wir anschließend die Volksrechte zu Rate.

Gegen eine ausgeprägte Bewertung der Arglist als Vertragsbruch schon in germanischer Zeit spricht, daß die germanische Wirtschaft schuldrechtliche Beziehungen kaum kannte. 60) Was man zum Leben nötig hatte, verschaffte man sich in Eigenwirtschaft oder erhielt es im Rahmen außerschuldrechtlicher, persönlicher oder dinglicher Gebundenheit. Zum andern war die Rechtsordnung der Germanen, wie dies noch die Volksrechte spiegeln, vorwiegend auf Eindämmung von Gewaltakten gerichtet. 61) Im Frühstadium erster Regeln über Vertragsrechte mußten sich diese Regeln naturgemäß auf die Behandlung handfester, sichtbarer Vertragsbrüche beziehen. Die Berücksichtigung des in der Arglist liegenden Unrechts im Vertragsrecht hätte zudem eine flexiblere Handhabung der Rechtsordnung, eine tiefere Schau der rechtlichen Beziehungen, ein Eindringen ins Subjektive erfordert, was wir auf der ganzen Linie vermissen. 62) Der strenge, bis ins Mittelalter hinein be-

59) Im übrigen sei zur Argumentation F u h r s noch folgendes bemerkt. S. 114 unterscheidet F u h r zwischen "ethischer Mißbilligung" der Arglist und rechtlicher Verurteilung im germanischen Vertragsrecht. Aus der Fenriswolfsaga entnimmt er eine ethische Verurteilung der Arglist durch das germanische Rechtsempfinden; rechtlich relevant werde diese Mißbilligung aber erst, wenn eine Arglistklausel ausdrücklich in das Versprechen aufgenommen sei. Ich halte diese Unterscheidung in diesem Frühstadium des Rechts für verfehlt. Hier wird mit gesetzespositivistischen Vorstellungen gearbeitet. Eine Scheidung zwischen Recht und Sittlichem hatte in jener Frühzeit noch nicht stattgefunden. Wenn sich eine allgemeine Überzeugung von der Verwerflichkeit arglistigen Vertragsbruchs bereits ausgebildet gehabt hätte, so wäre die rechtliche Beachtlichkeit auf dem Fuße gefolgt, ohne daß einer Arglistklausel zusätzliche konstitutive Bedeutung zugekommen wäre. Die allgemeine Rechtsüberzeugung hätte den Einzelvertrag insoweit ergänzt.

60) Vgl. Note 54.

61) Vgl. hierzu die Darstellung bei F u h r , Zur Entstehung, S. 80 ff.

62) Zur Erfolgshaftung im Strafrecht vgl. B r u n n e r , Forts. S. 28.

merkbare Formalismus verhinderte eine Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben.⁶³⁾ Bei Unklarheiten oder scheinbaren Widersprüchen (siehe Lokibeispiel) setzte nicht eine Interpretation der Versprechenserklärung nach Treu und Glauben ein.⁶⁴⁾ Die Haftung auf Erfüllung war streng an den Wortlaut des Versprechens geknüpft. Bei Auslegung des Rechtsgeschäfts entschied das gebrauchte Wort oder Zeichen. Man fragte nicht nach dem wahren Willen der Parteien. Dieser Grundsatz der formstrengen Vertragsinterpretation mußte noch lange die Erfassung des in der Arglist liegenden Unrechts verdunkeln.⁶⁵⁾ Kennzeichen der List ist es ja gerade, daß sie nach außen hin den Eindruck einer rechtstreuen (hier: vertragstreuen) Haltung vorspiegeln möchte. Der Arglistige ruft, um sich der Vertragserfüllung zu entziehen, die Rechtsordnung gleichsam selbst zu Hilfe und schafft solche Bedingungen, daß seine vertragswidrigen Absichten vom Vertragstext gedeckt werden.

Noch die Volksrechte der fränkischen Epoche bestätigen dieses von der rechtlichen Behandlung der Arglist entworfene Bild. Es läßt sich kein allgemeiner Rechtssatz nachweisen, nach dem jedem Schuldversprechen die Verpflichtung innewohnt, es "ane gevaerde" zu erfüllen. Einen Betrugstatbestand, der solche Handlungen generell erfassen könnte, suchen wir ebenfalls vergeblich.⁶⁶⁾ Soweit die Volksrechte überhaupt arglistiger Handlungen gedenken,⁶⁷⁾ sind die normierten Tatbestände eng auf den konkreten Lebensvorgang, vor allem nicht auf Vertragsverhältnisse zugeschnitten. ⁶⁸⁾ Das gilt insbesondere von Meineid ⁶⁹⁾,

Forts.von Fußnote 62) S.27.

Forschungen, S.488 ff. einerseits, Kaufmann B., Die Erfolgshaftung, S.1 ff. mit Literaturüberblick andererseits. Zum Formalismus im Prozeß vgl. Siegel, Die Gefahr vor Gericht; Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Prozeß, in: Forschungen, S.260 ff. Vgl. auch unten Kap.7 I und 8 V.

63) Nach Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.3, S.63f. konnte sich der Grundsatz der Interpretation von Verträgen nach Treu und Glauben erst durchsetzen, als die alte Wortstrenge überwunden war.

64) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.1, S.301f.

65) Endgültig siegte der Grundsatz der Auslegung nach Treu und Glauben erst im Gemeinen Recht, vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.3, S.64, Anm.1.

66) Vgl. für das ältere Recht Wilda, Germanisches Strafrecht, S.936 ff.; für das mittelalterliche Recht R. Hiss, Strafrecht, Bd.2, S.318.

67) Eine Übersicht aller diesbezüglichen Tatbestände der Volksrechte bringt Freund, Lug und Trug bei den Germanen, S.165 ff.

68) Vgl. hierzu auch die Untersuchungen Fuhrs, S.51ff.

69) Vgl. lex sal.tit.50; lex rib.tit.50; lex vis.lib.II,4,6; eine Trennung von Meineid und Falschaussage nehmen die Volksrechte noch nicht vor. Beide Tatbestände gehen ineinander über, vgl. näher Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.876 ff.

Fälschung 70) und Rechtsbeugung.71) Diese sporadischen Erwähnungen bringen meist nur Bestimmungen über Strafen des unmittelbar Handelnden, des dahinterstehenden Drahtziehers gedenken sie nicht. So wird etwa nur der Fälscher bestraft, nicht der nutznießende Anstifter; 72) Zudem normieren die Volksrechte nur Strafen für die Falschbeurkundung, nicht erwähnen sie die spätere Abänderung einer Urkunde, die in unserem Zusammenhang besonders interessieren würde. Nicht immer ist das geschützte Rechtsgut das Vermögen; der Meineid wird als Religionsdelikt aufgefaßt.73) Nur gelegentlich finden sich Hinweise, aus denen zu schließen ist, daß der aus einer Arglisthandlung entsprungene Vorteil wieder ausgeglichen werden muß. So normiert das Baiernrecht bei Richterbestechung eine Rückgabepflicht des Begünstigten, ohne ihn jedoch wegen der mit der Bestechung bezweckten Vermögensbeschädigung zu bestrafen.74)

Die mangelhafte Erfassung der Arglist zeigt sich auch in ihrer Behandlung beim Vertragsschluß. Das Baiernrecht gedenkt ausdrücklich des Falles, daß ein Kauf unter Einwirkung von Gewalt zustande gebracht wurde.75) Ein solcher Vertrag ist nichtig. Den Begriff der Gewalt erläutert das Gesetz mit "metu mortis aut per custodiam", Bedrohung und Einschließung also; der Fall eines arglistig herbeigeführten Vertragsschlusses ist hierin nicht enthalten. Lediglich lex bai. 16,9 beschäftigt sich mit verheimlichten Fehlern beim Verkauf. In diesem Fall kann der geprellte Käufer Änderung des Geschäfts verlangen. Die Regelung bedeutet aber eine Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatz, nach dem der Verkäufer für Mängel der verkauften Sache nicht haftet. 76)

Alle diese einzelnen Regelungen dürfen den Blick dafür nicht trüben, daß das Problem des arglistigen Bruchs eines Versprechens im Gesetz nicht geregelt ist. Die bisher angeführten Tatbestände bringen, wenn überhaupt, nur Einzelregelungen, ohne einen allgemeinen Rechtssatz aufzuzeigen.77)

70) Vgl. hierzu W i l d a , Germanisches Strafrecht, S.938; K ö s t l i n , Abhandlungen zum Strafrecht, S.128 f.; dieser weist darauf hin, daß noch im Mittelalter die Fälschung als qualifizierter Betrug aufgefaßt wurde.

71) Vgl. lex bai.2,17; Liutprant c.28; lex Alamannorum 41,2.

72) Vgl. lex rib.tit.59,3; lex burgund.6,10; Ed. Rotharis c.243; Liutprant c.91; Capitularia anno 803 c.13 (MG Cap. Bd.1, S.120).

73) Siehe die Ausführungen oben S. 19.

74) Vgl. lex bai. 2,17.

75) lex bai.16,1, welche Gesetzesstelle auf Codex Eurich c.286 zurückzugehen scheint. Dies legt römischrechtlichen Einfluß nahe.

76) Vgl. H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, § 83 III.

77) Zu diesem Ergebnis kommt auch die eingehende Untersuchung Fuhrs, S.114 und passim.

Lediglich eine Bestimmung der lex Bai. macht eine Ausnahme. Nach lex bai.1,2 78) war jeder irgendwie geartete Versuch der Entziehung von Kirchengut mit Strafe belegt. Die Bestimmung richtete sich insbesondere gegen den frommen Schenker oder seine Erben, wenn diese Personen sich unterfangen sollten, die vormalige Schenkung wieder rückgängig zu machen. Damit kommt zum Ausdruck, daß jeder Schenkung Verhaltenspflichten im oben Seite 24 ff. skizzierten Sinne innegieren. Die Pflicht des Schenkers bzw. seiner Erben beschränkt sich nicht nur darauf, den versprochenen Gegenstand zu leisten, sondern man durfte auch späterhin keine Umwälzung der vollzogenen Schenkung erstreben.79) Infolge der weiten Fassung der Gesetzesstelle müssen wir annehmen, daß auch arglistige Angriffe unter dieses Gebot fielen. Dies bestätigen in vortrefflicher Weise zahlreiche Schenkungsurkunden, die arglistige Handlungen generell verpönnen und damit im Gegensatz zur gesamten volkrechtlichen Behandlung der Arglist stehen. Diese Eigenart der Urkunden wird uns später noch eingehend beschäftigen. 80) Die in der Lex normierte Verpflichtung geht möglicherweise auf diesen zeitlich vorgehenden Gebrauch in den Urkunden zurück. Jedenfalls spiegelt sie keinen ursprünglichen allgemeinen Rechtssatz wieder. Sie gilt einmal nur für Kirchengut, läßt also keinen allgemeinen Schluß zu. Zum ändern handelt es sich um eine Bestimmung, die, wenn sie nicht überhaupt eine nachträgliche Einschlebung darstellt,81) frühestens mit dem Christentum Eingang gefunden hat.

Fassen wir die Ergebnisse nochmals zusammen: Für die germanische Zeit können wir in bezug auf Arglist keine eindeutige Aussage machen. Sich mit List und Schläue seiner eingegangenen Verpflichtung zu entziehen, galt anscheinend als durchaus legal. In fränkischer Zeit zeigen sich Ansätze der Berücksichtigung von Arglisthandlungen auch für das Vertragsrecht. Die Volksrechte lassen aber noch keinen allgemeinen Rechtssatz erkennen, der arglistigen

78) *si quis aliqua persona contra res ecclesie iniuste agere voluerit, vel de rebus ecclesie abstrahere voluerit, sive ille qui dedit, vel (de) heredibus eius aut qualiscumque homo praesumpserit, imprimis incurrat dei iudicio et offensionem sanctae ecclesiae, et iudici terreno persolvatauri uncias III et illas res ecclesiae reddat et alias similes addat rege cogente vel principe qui in illa regione iudex est* (zitirt nach E c k h a r d t, Germanenrechte).

79) Die praktische Anwendung der Gesetzesstelle ersehen wir aus Gerichtsurkunden; vgl. z.B. MB Bd.VII, S.22f.

80) Siehe dazu unten S.47ff.

81) Vgl. L o e n i n g, Der Vertragsbruch, S.591; S t o b b e, Geschichte der Rechtsquellen, Bd.1, S.162; Franz B e y e r l e, Die beiden süddeutschen Stammesrechte, ZRG, germ.Abt., Bd.73, S.92 f.

Vertragsbruch als Unrecht deklariert. Lediglich lex bai. 1,2, die sich mit rechtswidriger Entziehung von Kirchengut beschäftigt, verpönt auch arglistige Angriffe auf die vollzogene Schenkung. Diese Bestimmung ist aber eine nachträgliche Einfügung in die Lex und geht wahrscheinlich auf die Urkundenpraxis zurück.

In schuldrechtlichen Versprechen (Treueid oder Vertrags-
eid) finden wir dagegen gelegentlich Arglistklauseln der
Fassung "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio" oder
"sine fraude et malo ingenio". Diese Arglistklauseln
stellen abstrakte, nicht auf einen konkreten Tatbestand
gemünzte Formulierungen dar. Die Aufnahme solcher Klauseln
in ein Versprechen zeitigt mehrere Auswirkungen. Zunächst
wird dem Schuldner die Verpflichtung zu arglist-
freiem Verhalten eindeutig vor Augen geführt. Dem Ver-
pflichteten war nunmehr vertraglich die Möglichkeit ge-
nommen, durch arglistige Machenschaften seine Vertrags-
verpflichtungen zu negieren. Durch die enge Verbindung
des Arglistverbots mit dem Treuegedanken, die wir an Hand
des Treueids aufdeckten, ist aber in der Arglistklausel
zugleich ein Instrument geschaffen, durch das die Ver-
tragstreue aktiviert wird. Dem Richter ist es nunmehr
möglich, auch im Rahmen strenger Verbalinterpretation
eine flexiblere Vertragsauslegung vorzunehmen.

Kapitel 4: Fortsetzung: Prozessuale Arglistklauseln.

I. Arglistklauseln im Inquisitions- und Rügeverfahren.

Bei der Durchsicht der Freisinger Traditionskodices stoßen wir auf eine Gerichtsurkunde aus dem Jahre 802, 1) die eine Arglistklausel im Rahmen einer Zeugenaussage zeigt. Die Richter rufen die Zeugen vor die Gerichtsschranken und ermahnen sie bei dem Eid, den sie im selben Jahre dem Kaiser Karl geschworen haben, "ut omni-modis absque ulla fraude vel ingenio ita ut veracissime de ipsa causa scirent ita in palam adnuntiarent". Dann erst folgt die Aussage. Geht hier der Aussage lediglich eine Berufung auf einen früher geleisteten Treueid voraus, zeigt eine andere Quelle ein eigens abgelegtes eidliches Wahrheitsversprechen: 2)

"Missus fecit iurare primos....super sanctorum reliquias, quod quicquid de ipsa marcha....certissime et verissime scirent id sine mendacio et ulla dubitatione testarentur."

Beide Urkunden sind Belege für Zeugenvernehmungen im Inquisitionsverfahren, wie es die fränkische Königsjustiz entwickelt hatte, als der überkommene volksrechtliche Prozeß nicht mehr genügend Sicherheit für die Wahrheitsfindung bot. 3)

Der Prozeß der Volksrechte ist beherrscht von der Formstrenge als Folge des Verhandlungsprinzips. 4) Kein Prozeß beginnt von Amts wegen, die Anstrengung einer gerichtlichen Verfolgung auch des Verbrechens liegt allein in den Händen des Verletzten bzw. seiner Sippe. Ebenso hängt der weitere Verlauf des Prozesses ganz vom Belieben der Parteien ab. Nur auf ihr Betreiben hin wird Beweis erhoben oder ein Urteil erlassen. Bietet die Partei einen Zeugenbeweis an, 5) wird durch Urteil das Beweisthema formuliert. Die Zeugen haben dann entweder Wort für Wort das Beweisthema zu bestätigen - *sicut iudicium loquitur* - und unter Anrufung der Gottheit die Wahrheit des Ausgesagten zu beteuern, oder der Beweis schlägt fehl.

1) B i t e r a u f , Die Traditionen des Hochstifts Freising, Bd.1, Nr.186 (teilweise zitiert oben S.5).

2) MB Bd.XXXa S.387.

3) Zum Inquisitionsverfahren vgl. die Arbeiten B r u n n e r , Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit, in: Forschungen, S.88 ff.; ders., Die Entstehung der Schwurgerichte; H. M e y e r , Geschworenengericht.

4) Vgl. die Darstellung bei B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.454 ff.

5) Zum Zeugenbeweisverfahren vgl. B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.498 ff.; ders., Forschungen, S.94 ff.; zum Zeugeneid B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.528 ff.

Der Wortlaut der Zeugenaussage steht somit von vorn herein fest. Es ist klar, daß dieses Verfahren einer echten Wahrheitsfindung abträglich sein mußte. Deshalb brachte das ursprünglich vor dem Königsgericht eingeführte Inquisitionsprinzip 6) eine einschneidende Neuerung. Unter gewissen Voraussetzungen 7) konnte im Rahmen eines gewöhnlich begonnenen Prozesses über das Streitobjekt ein inquisitorischer Beweis dahin erhoben werden, daß vornehmlich Gemeindezeugen bei einem Wahrheitsversprechen verpflichtet wurden, alles ihnen zum Streitobjekt bekannte vor Gericht auszusagen, ohne daß vorher eine Formulierung der Zeugenaussage erfolgt wäre. Entweder nahm der Richter dem Zeugen unmittelbar vor der Aussage ein eidliches Versprechen ab, oder er ermahnte ihn zu einer der Wahrheit entsprechenden Aussage unter Hinweis auf den früher geleisteten Treueid, wie wir ihn aus den Erörterungen in Kapitel 3 kennen. Die eingangs abgedruckten Quellenstellen illustrieren den Unterschied. 8/9)

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist die Feststellung wichtig, daß mit der Berufung auf den Treueid auch die Arglistklausel in den Prozeß Eingang fand. Die Formel "absque ulla fraude vel ingenio" dient hier dazu, allen geheimen Vorbehalt, Arglist und Gefährde bei der Aussage auszuschalten und den Zeugen zu einer wirklich der Wahrheit entsprechenden Aussage zu zwingen. Mit dem Treueid werden die Vorstellungen von "lauter" und "wahr", wie sie diesem durch die Arglistklausel innewohnen, auch auf die Zeugenaussage übertragen. Dieselben Zwecke verfolgt man auch mit dem unmittelbar vor der Inquisition abgelegten Wahrheitsversprechen, und wenn wir hier auch keine Fund-

-
- 6) Vgl. B r u n n e r , Forschungen, S.146 ff.; M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.78 f.
- 7) Das Inquisitionsverfahren blieb in zweifacher Hinsicht dem König vorbehalten. Einmal steht es nicht in der Macht jeder Partei, die Anwendung des Inquisitionsbeweises zu erreichen; Inquisition ist Beweisvorrecht, das dem König oder den von ihm Belehnten zusteht. Zudem hat nicht jeder Richter Inquisitionsgewalt; auch sie steht nur dem König bzw. den von ihm beliebenen Richtern zu. Die Anwendung eines Inquisitionsbeweises mußte auch bis zu einem gewissen Prozeßstadium verlangt worden sein; hatte das Gericht bereits im normalen Verfahren auf Beweis des Gegners erkannt, kam das Verlangen zu spät. Vgl. zu allem B r u n n e r , Forschungen, S.146 f., 191, 224 ff.
- 8) Wann auf den Treueid, wann auf einen ad hoc geleisteten Eid hin ausgesagt wurde, läßt sich nicht genau feststellen, vgl. B r u n n e r , Forschungen, S.233.
- 9) Wer trotz des eidlichen Wahrheitsversprechens eine Falschaussage machte, mußte sich wegen Eidbruchs verantworten. Hatte er die Aussage unter Berufung auf den Treueid gemacht, bedeutete dies Infidelität. Vgl. noch G i e r k e , Schuld und Haftung, S.138 f.

stelle aufzeigen können, die die im Treueid enthaltene Arglistklausel wörtlich zeigt, besteht doch wohl kaum ein Zweifel an ihrem Gebrauch auch bei diesem ad hoc gesprochenen Eid, zumal gelegentlich eine Kombination beider Aussageformen in der Weise erfolgt, daß ein Teil der Inquirendi schwört, ein anderer Teil auf den Treueid hin aussagt. 10)

Noch an eine andere Querverbindung des Prozesses zum Treueid ist zu erinnern, an das Rügeverfahren.¹¹⁾ In diesem ebenfalls in karolingischer Zeit eingeführten Prozeßverfahren müssen angesehene Leute eines bestimmten Gaus entweder unter Berufung auf den Treueid oder nach dessen Ablegung vor der Befragung¹²⁾ alle in letzter Zeit im Gau vorgefallenen Kapitalverbrechen dem von Amts wegen einschreitenden Richter melden. Auch hier können wir zwar keine unmittelbare Quellenstelle für den Hergang eines konkreten Verfahrens angeben, doch ist nach dem Gesagten unzweifelhaft, daß auch hier mit der Berufung auf den Treueid die Arglistklausel in das Wahrheitsversprechen eindringt. Verfolgt man doch dieselben Ziele wie beim Inquisitionsverfahren.

10) Vgl. B r u n n e r , Forschungen, S.234 mit Quellen-nachweisen.

11) Auch die Einführung des Rügeverfahrens erklärt sich aus der Überalterung des volksrechtlichen Prozesses. Da im Volksgericht die Anklage der Verbrechen dem Verletzten und seiner Sippe vorbehalten war, blieben viele Verbrechen ungesühnt, oft aus Angst vor erneuter Gewalttat. Mit dem Erstarken der Königsmacht in Merowingischer Zeit werden daher bald Ansätze einer Verbrechenverfolgung von Amts wegen erkennbar. Aber erst die Karolingischen Kapitularien geben den Königsrichtern die Macht, angesehene Männer bei einem Eid oder unter Berufung auf einen geleisteten Treueid zur Rüge aller in ihrem Gau begangenen Verbrechen zu verpflichten. Die solchermaßen irgendwelcher Verbrechen Beschuldigten mußten sich dann auf amtliche Ladung hin im ordentlichen Prozeß verantworten. Vgl. näher zum Rügeverfahren B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.636 ff.; S c h w e r i n - T h i e - m e , Rechtsgeschichte, S.101; M i t t e i s , Deutsche Rechtsgeschichte, S.78 f.

12) Vgl. Capitula de missis instruendis a.829 (Capitularia, Bd.2, S.8): "Inquisitio autem hoc modo fiat: elligantur per singulos comitatus qui meliores et veratiores sunt. Et si aliquis inventus fuerit de ipsis, qui fidelitatem promissam adhuc nobis non habeat, promittat ..."

II. Arglistklauseln in anderen gerichtlichen Beteuerungen.

Aus dem eben Erörterten darf jedoch nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß erstmals mit dem Rüge- und Inquisitionsverfahren Arglistvorstellungen im prozessualen Bereich auftauchen. Schon Formula Turonensis c.30 13) enthält eine entsprechende Wahrheitsbeteuerung. Die Formula schildert eine Notwehrsituation. Ein Mann war auf friedlicher Wegfahrt überfallen worden. Nach blutigem Schlagwechsel, in dessen Verlauf der Überfallene mehrere Wunden hinnehmen mußte, hatte er den Angreifer niedergestreckt. Der Judex jener Gegend erscheint am Tatort und ermittelt von Augenzeugen den Sachverhalt. Danach kommt der Überfallene selbst, erzählt aus seiner Sicht den Hergang und schwört selbzwölft "sic est veritas absque ulla fraude vel conludio". Der Richter nimmt Bericht und Beteuerung entgegen. Später ergeht an nämlichem Ort ein zweizüngiges Urteil, wonach der Überfallene mit 36 Augenzeugen den Hergang des Überfalls beweisen soll, wenn er weitere Strafverfolgung von sich abwenden wolle.

Die Formulierung dieses Wahrheitsversprechens scheint nicht vom Treueid beeinflusst zu sein, da die turonensische Formelsammlung schon etwa um die Mitte des 8. Jahrhunderts entstand, 14) ein karolingischer Treueid aber erstmals anno 779 erwähnt wird; 15) vorher ist also eine Berufung auf diesen im Prozeß nicht anzunehmen. Zudem ist auch die wortmäßige Zusammensetzung der Formel "absque ulla fraude vel conludio" gegenüber "sine fraude et malo ingenio" des Treueids verschieden. Schließlich enthält die Formula mit dem gleich zu besprechenden Wahrheitsversprechen auch inhaltlich germanische Vorstellungen.

Die Formula gibt Anhaltspunkte für das Verfahren bei Notwehr, 16) wie es vor allem S c h e r e r , 17) aus nordi-

13) MG Formulae, ed. Karolus Z e u m e r , Pars 1.

14) B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.1, S.581 f.

15) Über den Zeitpunkt der Neueinführung des Untertanentreueids sind wir genau unterrichtet, weil seine Einführung auf einen konkreten Anlaß zurückgeht. In Thüringen hatten sich zahlreiche Große gegen Karl verschworen; die Meuterei wurde aber rechtzeitig aufgedeckt. Vor Gericht entschuldigten sich die des Hochverrats Angeschuldigten u.a. damit, daß sie niemals auf den König vereidigt worden seien; hierzu M i t t e l s , Lehnrecht und Staatsgewalt, S.50 ff.

16) Notwehr war auch in ältester Zeit erlaubt; der Angreifer setzte sich durch sein Tun selbst aus dem Frieden. Das Notwehrrecht scheint daher eine Abspaltung der Grundsätze bei Handhafter Tat zu sein, Vgl. B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.1, S.223; v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, Bd.2, S.401.

17) Hermann S c h e r e r , Klage gegen den toten Mann, S.70 ff.; vgl. aber schon W i l d a , Strafrecht, S.163, der vom "Bereden des Toten" spricht; B e y e r l e , Entwicklungsproblem, S.485 ff.

schen Quellen rekonstruiert hat. Um einer Tötung ohne Zeugen den Makel der Heimlichkeit zu nehmen, mußte der Totschläger unverzüglich eine Totschlagsverkündung vornehmen. Damit war aber lediglich die Einstufung der Tat als Mord verhindert; 18) wollte der Totschläger darüberhinaus die Rechtmäßigkeit der Tötung geltend machen, mußte er auch dies unverzüglich den Verwandten des Getöteten oder wenigstens den Nachbarn des Tatorts verkünden. 19) Diese Verkündung brachte dem Totschläger die Beweisrolle in dem "Prozeß gegen den toten Mann", welchen der Überfallene gegen den Angreifer anstrengen konnte. Wurde der Tote schuldig gesprochen, konnte der Totschläger einer umgekehrten Klage der Verwandten des Toten gegen ihn wegen Totschlags ruhig entgegen sehen; das erste Urteil präjudizierte das zweite. 20)

Welches Stadium des prozessualen Ablaufs Formula Turonensis c.30 zeigt, läßt sich aus dem knappen Text nicht eindeutig feststellen. 21) Manches spricht dafür, daß die For-

18) S c h e r e r , Klage gegen den toten Mann, S.81.

19) S c h e r e r , a.a.O., S.82.

20) S c h e r e r , a.a.O., S.101; hatte der Totschläger dagegen die Notwehrverkündung versäumt, war er mit dem Vorbringen der Rechtmäßigkeit der Tötung ausgeschlossen, vgl. S c h e r e r , S.91. In diesem Zwang zur unverzüglichen Kundbarmachung dokumentiert sich das gemeingermanische Publizitätsprinzip, vgl. dazu Herbert M e y e r , Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht; ders., Gerüfte, Handhaftverfahren, Anefang, in ZRG, germ.Abt., Bd.36 (1916), S.382 ff. Das germanische Recht strebte nach weitestgehender Öffentlichkeit aller rechtlich bedeutsamen Vorkommnisse; es mißtraute allem Verborgenen und Geheimen. Die heimliche Tat war von Haus aus suspekt. Man schloß auf das schlechte Gewissen des Täters. Wer dagegen seine Tat öffentlich bekannte, dokumentierte sein gutes Gewissen. Deshalb das Erfordernis der Verklarung von Notwehr und handhafter Tat, vgl. B e y e r l e , Entwicklungsproblem. S.477 ff.; aber auch bei Spurfolge und Anefang dürfte das Gerüfte aus ähnlichen Gründen eine Rolle gespielt haben, vgl. die Arbeiten H. M e y e r s .

21) So auch S c h e r e r , S.108; v. S c h w e r i n , Rezension von Beyerles "Entwicklungsproblem", in ZRG, germ.Abt., 1915, S.525. Dagegen will B e y e r l e , Entwicklungsproblem, S.495, in der Formula die Beschreibung einer, wenn auch schon gerichtlichen, aber noch außerprozessualen Verklarung erblicken: der Schwörende mache die Rechtmäßigkeit seiner Tat geltend. Die Aussage sei Verteidigung. Dem ist entgegenzuhalten, daß aus dem Wortlaut des Schwurs allein das Prozeßstadium nicht abzulesen ist, da dieser das Produkt zufälliger Wortwahl ist. Es müssen daher auch außerhalb der Aussage liegende Umstände herangezogen werden.

mula bereits das Verfahren gegen den toten Mann zeigt. Wir müssen bedenken, daß es in jener Zeit bereits eine amtliche Verbrechenverfolgung gibt.²²⁾ Deshalb untersucht auch der Richter bereits von sich aus den Vorfall. Die anschließende Schilderung der Aussage des Überfallenen stellt die Klageerhebung im Rahmen des Prozesses gegen den Toten dar.²³⁾ Hierbei wird die oben erwähnte Arglistklausel gebraucht. Die Tatsache, daß die Aussage des Totschlägers ausdrücklich feierlich mit der Formel "sic est veritas absque ulla fraude vel concludio" bekräftigt wird, obwohl doch der Hergang der Tötung dem Richter bereits durch unparteiische Zeugen bekannt ist, läßt auf allgemeine Übung und gewisses Alter der Formel schließen.

Wir finden auch auf anderen Gebieten des Rechtsgangs Arglistausschlüsse. Besondere Beachtung ist dabei dem Institut des "Voreids" oder "Widereids" zu schenken.²⁴⁾ Dieser Eid hängt eng mit der Beweisverteilung im Prozeß zusammen. Klagt der Kläger, ohne für seine Klage rechtsgenügende Beweise vorzulegen, dann kommt der Beklagte zum Reinigungseid, weil bei ihm dann das bessere Wissen um die Tat vermutet wird.²⁵⁾ Beim Kläger nimmt das Gesetz grundsätzlich nur bloßen Verdacht an. Da aber ein Verfahren, auch wenn es am Ende die Unschuld des Beklagten erweist, für diesen Beschwerlichkeiten und Gefahren mit sich bringt, will man sich mittels Voreid davon überzeugen, daß der Kläger wenigstens subjektiv von der Schuld

22) Vgl. hierzu oben S.34.

23) Die ältere Lehre von der Beweisverteilung im germanischen Prozeß geht von der grundsätzlichen Bevorzugung des Beklagtenbeweises aus. Dem Beklagten gebühre der Beweis, weil die Rechtsordnung den tatsächlichen Besitzstand gegen zweifelhaften Angriff schützen müsse; zum Siege des Angriffs gehöre ein Übergewicht; vgl. P l a n c k , Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Bd.2, S.15; B e y e r l e , Das Entwicklungsproblem, S.365, 416 ff. Nach dieser Lehre ist die Beweisverteilung an den Kläger im "Prozeß gegen den toten Mann" eine Ausnahme. Gegen diese Bevorzugungstheorie vor allem M a y e r - H o m b e r g , Beweis und Wahrscheinlichkeit, S.13 ff. und passim. Nach ihm läuft das Prinzip der Beweisverteilung darauf hinaus, derjenigen Partei den Beweis zuzuerkennen, deren persönliche Eigenschaften, besonders Wissen und Glaubwürdigkeit, die stärkere Gewähr für das Gelingen des Beweises bieten. Nach ihm beruht der klägerische Beweis im Prozeß gegen den toten Mann auf seinem besseren Wissen; die Erben des Toten als zum Reinigungseid Berufene können nicht so genau wie er im Bilde sein; vgl. M a y e r - H o m b e r g , S.139 ff.(141).

24) Zu ihm vgl. L o e n i n g , Der Reinigungseid, S.302 ff.; M a y e r - H o m b e r g , Beweis und Wahrscheinlichkeit, S.90 ff.; B e y e r l e , Entwicklungsproblem, S.443 ff.

25) M a y e r - H o m b e r g , S.85 f; L o e n i n g , Reinigungseid, S.12.

des Beklagten überzeugt ist.²⁶⁾ Der Kläger soll nicht leichtfertigerweise jedem beliebigen einen Prozeß anhängen können, ja vielleicht sogar innerlich von der Unschuld des Beklagten überzeugt, aus Gehässigkeit oder Bosheit auf die prozessualen Gefahren spekulierend, den Beklagten prozessual belangen können.

Dementsprechend ist der Inhalt des Voreides.²⁷⁾ Beschworen wird der gute Glaube bei Anstrengung der Klage; es bestehe ein Bedürfnis für die Klage. Negativ versichert der Kläger die Abwesenheit aller böartigen Motive. Es wundert nicht, daß die Eide gelegentlich auch Arglistklauseln enthalten. Hier die Zusammenstellung der einschlägigen volksrechtlichen Bestimmungen:

lex Vis.VI,1,5: quod nullo dolo vel fraude aut malitia innocentem faciat questionem subire..

Liutprant c.71: ..quia non asto animo querat.

Liutprant c.118: quod non asto animo causam ipsam querat nisi quod certa ei sit suspectio

Capitularia Langob.c.5:28) quod non eum sciente iniuste interpellasset.

Wie aus der Zusammenstellung hervorgeht, haben aber die hier gebrauchten Klauseln nichts mit der Formulierung der Arglistformel im Treueid zu tun.

Des weiteren finden sich beim Verfahren des Anefang 29) Eide, die Arglistformulierungen aufweisen. Entdeckte der Bestohlene den Diebstahl, erhob er das Gerüfte und machte sich gegebenenfalls auf die Spurfolge. Konnte er die Sache hierdurch nicht wiedererlangen, fand er das Diebesgut später aber bei einem Dritten, mußte er unter Beachtung strenger Regeln die Herausgabe des Gutes vom Dritten verlangen. Der Bestohlene faßte die gestohlene Sache an, versicherte sein Recht an der Sache und forderte den Dritten auf, sich über den Erwerb auszuweisen.³⁰⁾ Wollte dieser die Sache aber nicht herausgeben, mußte er seinerseits seinen guten Glauben an seinem rechtmäßigen Besitz beschwören und die Sache zur Entscheidung vor Gericht zu bringen versprechen.³¹⁾ Eine allerdings etwas

26) Vgl. die Begründung König Liutprants für die Einführung des Voreids beim Zweikampf c.118.

27) Vgl. zum Folgenden L o e n i n g , Reinigungseid, S.305.

28) MG Capitularia, Bd.1, S.170 c.5.

29) Vgl. hierzu H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, § 58 I 2d; B r u n n e r , Rechtsgeschichte, Bd.2, S.646 ff.; Herbert M e y e r , Publizitätsprinzip; ders., Gerüfte, Handhaftverfahren, Anefang.

30) lex rib. c.33,1; B r u n n e r , Rechtsgeschichte, Bd.2, S.654.

31) B r u n n e r , Rechtsgeschichte, Bd.2, S.655; über die einzelnen möglichen Einwendungen des Beschuldigten vgl. B r u n n e r , a.a.O., S.663 ff.

späte angelsächsische Stelle 32) aus dem 10. Jahrhundert zeigt nun im Rahmen des klägerischen Anefangeides 33) ebenfalls eine Arglistklausel.

"Per illum Deum pro quo sanctum hoc sanctificatum est ita causa prosequor plena populi rectudine sine brede et biscope et omni facno sicut mihi furtivum est hoc pecus N. de quo loquor quod cum N. deprehendi."

Der Bestohlene versichert also, er nehme ohne jegliche List und Tücke diese Sache als sein Eigentum in Anspruch.³⁴⁾ Warum bedarf es dieser ausdrücklichen Versicherung? Der Gesetzgeber fürchtet einen Mißbrauch des Prozesses. Der Anefangkläger kann nämlich im folgenden Verfahren den Diebstahl und die Identität der geanefangten Sache mit der gestohlenen Sache beweisen.³⁵⁾ Damit ist der Prozeß für den Beklagten praktisch verloren. Diesen Beweisvorteil soll der Kläger aber nicht ohne einige Sicherheit erreichen. Zu leicht könnte sonst ein frivoler Kläger sich die Sache erschwindeln. Deshalb wird der Besitzer der strittigen Sache erst durch die Leistung des Gefährdeides zur Adramation gezwungen.³⁶⁾ Diese Absicht des Gesetzes wird besonders deutlich durch einen Vergleich mit dem Spurfolgeverfahren.³⁷⁾ Hat der Bestohlene nach Gerüfterhebung auf der noch frischen Spur die Sache im Besitz eines Dritten gefunden, bedarf es des Voreids nicht, weil in der Spur ein ausreichender Beweis gegeben ist. ³⁸⁾

32) L i e b e r m a n n , Gesetze der Angelsachsen, Bd.1, S.397; hierzu auch B e c h e r t , Die Einleitung des Rechtsgangs nach angelsächsischem Recht, ZRG, germ.Abt., Bd.47 (1927), S.1 ff. (75 f.).

33) Der Eid ist kein reiner Voreid, denn er enthält auch die Behauptung des Diebstahls; vgl. näher B r u n n e r , Rechtsgeschichte, Bd.2, S.667.

34) "facen" entspricht dem deutschen Arglist, dem lateinischen "malum ingenium"; vgl. W i l d a , Germanisches Strafrecht, S.559.

35) Vgl. lex rib. 72,9.

36) H. M e y e r , Gerüfte, Handhaftverfahren und Anefang, S.485.

37) Das Spurfolgeverfahren setzt ein, wenn der Dieb auf der noch frischen Spur verfolgt werden kann; es muß binnen bestimmter Frist abgeschlossen sein. Das Anefangverfahren ging aus dem Spurfolgeverfahren hervor. vgl. Herbert M e y e r , Publizitätsprinzip, S.22 ff.; B r u n n e r , Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.647; a.A. R a u c h , Spurfolge und Anefang in Wechselbeziehungen (1908).

38) Vgl. H. M e y e r , Publizitätsprinzip, S.44 ff. unter Hinweis auf V, Aedelstan 2 (Liebermann, Gesetze der Angelsachsen, Bd.1, S.169).

Zusammenfassend können wir somit sagen, daß wir auch im Prozeß die uns schon aus Treueid und Schuldversprechen bekannten Arglistklauseln "absque ulla fraude vel concludio" usw. antreffen. Sie sind hier Bestandteil von Wahrheitsversprechen, die Zeugen im Inquisitions- und Rügeverfahren abgeben müssen. Entwicklungsgeschichtlich hiervon unabhängig begegnet eine Arglistformel in einer Klagebeteuerung anläßlich einer Klage gegen den toten Mann. Auch beim Voreid und Anefangseid finden wir prozessuale Arglistformulierungen. Man hatte die Erfahrung gemacht, daß gerade der Prozeß oft zu Schädigungen mißbraucht wurde und verlangte daher Versprechen, mit denen man diesen Auswüchsen steuern zu können glaubte. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß in letzteren Voreidsversprechen gar nicht so sehr an arglistiges, vielmehr an allgemein boshaftes, feindliches Verhalten gedacht wird, da die Voreide im langobardischen Recht durch "asto animo" 39), im friesischen und karolingischen Recht durch "iniuste sciente" 40) gekennzeichnet werden. Noch im Hochmittelalter begegnet im bairischen Recht "non in vanum" = "mutwillig". 41) Gelegentliches "fraus" und "dolus" sind nur Ausdrücke unter andern. Dies legt die Vermutung nahe, daß auch auf prozessualem Gebiet noch keine grundsätzliche Erfassung des in der Arglist liegenden Unrechts stattgefunden hat. Die Formulierung mag oft vom Zufall, vielleicht auch Übersetzungstechnisch bedingt sein.

39) Vgl. Liutprant, c.71,118. "asto animo" bedeutet hitzig, aber auch hinterlistig.

40) lex fris. 14,3; Cap. Langob. c.5.

41) Bairischer Landfriede anno 1244 c.84 (MonWitt.Bd.1, S.90).

Kapitel 5: Die Herkunft der fränkischen Arglistklauseln:
Mögliche Beeinflussung des fränkischen Rechts
durch das römische.

Nachdem wir nunmehr den Kreis der Arglistklauseln im fränkischen Rechtskreis abgegangen sind, stellt sich die Frage nach der Herkunft dieser Klauseln. Diese können eigenständige Entwicklung aus dem germanischen Rechtsbewußtsein heraus darstellen, sie können aber auch aus dem römischen Rechtskreis entlehnt sein. Hierbei müssen wir wiederum eine Beeinflussung der sprachlichen Formulierung von einer Einwirkung römischer Arglistvorstellungen auf die der fränkischen Arglistklausel zugrunde liegenden Gedanken und Rechtsvorstellungen unterscheiden.

I. Untersuchung der wortmäßigen Zusammensetzung.

Wenden wir uns zunächst der Formulierung der Arglistklauseln zu. Ein Indiz für Entlehnung gibt das Erscheinungsbild der Formeln ab.¹⁾ In beiden Rechtskreisen sind die Klauseln "sine fraude et dolo" etc. Bestandteil eines Treuversprechens. Sowohl im römischen wie im germanischen Recht dienen sie der Zusicherung arglistfreien Verhaltens in Treueverhältnissen: Beamteneid, Vormundschaftseid einerseits, Untertaneneid auf fränkischer Seite. Der Gebrauch im Vertragseid im Frankenreich zur Klarstellung des Umfangs vertraglicher Treuepflichten liegt auf derselben Ebene.

Neben dem gleichartigen Rahmen fällt die übereinstimmende Konstruktion auf.²⁾ In beiden Rechtskreisen setzen sich die Formeln aus einfachem Ablativ mit vorstehender Präposition zusammen und heben sich dadurch von anderen Arglistformulierungen ab.³⁾ Vor einer Überbewertung dieses Indizes muß jedoch gewarnt werden. Das im Werden begriffene germanische Recht könnte von sich aus die einfachste sprachliche Konstruktion aller auch im römischen Recht auftauchenden Arglistformulierungen gefunden haben.

Dagegen muß der Beweiswert der wortmäßigen Zusammensetzung der Klauseln höher veranschlagt werden. Schon bei der Durchsicht der germanischen Volksrechte fällt auf,

1) Vgl. zunächst hierzu Kap.2 und 3, Abschnitt III.

2) Vgl. die römischen Formeln "sine qualicumque dolo vel fraude", "sine dolo et omni fraude", "sine dolo malo" mit den fränkischen Klauseln "sine fraude et malo ingenio", "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio".

3) Vgl. zu diesen Klauseln oben S.10.

daß diejenigen Volksrechte, bei denen römischer Einfluß am nächsten läge, 4) westgotisches 5) und langobardisches 6) Recht, sich mindest in der Formulierung an den römischen Sprachgebrauch anlehnen. "fraus" und "dolus" begegnen in diesen Volksrechten relativ häufig. 7) Die Volksrechte der Franken, Salier 8) und Ribuarier 9), der Alamannen 10) und Baiern 11) zeigen dagegen kaum sprachliche Anlehnung. Lediglich das Baiernrecht enthält die Wendung "in fraudem domini", 12) welcher Ausdruck typisch römisch ist 13) und damit einmal mehr beweist, daß auch hier sprachliche Hineinflussung vorliegen kann.

- 4) Wir gehen von einer rein lokalen Einteilung aus. Die westgothischen und langobardischen Stämme kamen mit den Römern schon dadurch am meisten in Berührung, daß sie ihre Sitze im Gebiet stark römischer Bevölkerung nahmen, während die Franken, Alamannen und Baiern am Rande römischen Gebiets siedelten.
- 5) Codex Euricianus (etwa 475 n.Chr.) zeigt starke römische Anlehnung; auf seiner Grundlage ist erlassen der Codex revisus (= Antiqua des Königs Leovigild, der 586 starb); ergänzt wurde letzterer durch den Liber iudiciorum (um 654), der bereits für Gothen und Römer gleichermaßen galt; vgl. M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.65 f.; v. S c h w e r i n - T h i e m e , Rechtsgeschichte, S.62 ff.
- 6) Edictum Rotharis (anno 643) mit den Ergänzungen König Liutprants (712 - 744); die Gesetze zeigen materiell eigenständiges Recht; vgl. M i t t e i s , a.a.O., S.66; v. Schwerin - Thieme, Rechtsgeschichte, S.64 f.
- 7) Vgl. etwa lex Vis.V,4,6; IX,1,14; VII,5,2; codex Eurich c.281; Edictum Roth. c.192; Liutprant c.59; 63; 98; 132.
- 8) Pactus legis Salicae (wahrscheinlich aus den letzten Regierungsjahren Chlodwigs 507 - 511) und die späteren Redaktionen des Gesetzes; vgl. M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.63 f.; v. Schwerin - Thieme, Rechtsgeschichte, S.53.
- 9) Lex Ribuaria (zwischen 630 und 750); vgl. M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.64; v. Schwerin - Thieme, Rechtsgeschichte, S.53.
- 10) Pactus Alamannorum aus dem 7.Jahrhundert; lex Alamannorum aus den Jahren 710-720; vgl. M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.64; F. B e y e r l e , Die beiden süddeutschen Stammesrechte, in ZRG, germ.Abt., Bd.73, (1956), S.84 ff.
- 11) Lex baiuvariorum, in einer Fassung des 8.Jahrhunderts unter Herzog Odilo, 741-43; auch bei diesem Gesetz wird das Zugrundeliegen einer älteren Fassung vermutet; vgl. v. S c h w e r i n - T h i e m e , Rechtsgeschichte, S.55; ausführlich B e y e r l e , a.a.O.
- 12) lex bai. 9,6 (zitiert oben S.16). Pactus legis salicae, der inhaltlich dieselbe Regelung enthält, verwendet den Ausdruck nicht.
- 13) Vgl. zu dieser römischen Formel F u h r , Zur Entstehung, S.38 und 47, Anm.2.

Unter diesem Aspekt betrachtet, spricht die wortmäßige Zusammensetzung der germanischen Arglistklauseln aber gegen unmittelbares römisches Vorbild. Die fränkischen Klauseln weisen kein einheitliches, an römisches Vorbild erinnerndes Sprachbild auf. Sie bestehen aus "dolus malus", "fraus", "malum ingenium", "conludio" und ähnlichem.¹⁴⁾ Die römischen Formeln dagegen bestehen auch im Vulgarrecht noch ausschließlich aus "dolus malus" und "fraus". Insbesondere läßt sich kein Gebrauch von "malum ingenium" in römischen Arglistklauseln nachweisen, weder allein noch in Zusammenhang mit "dolus" oder "fraus". "ingenium" war nämlich kein Ausdruck der römischen Rechtsprache. Es bezeichnete in der Umgangssprache den geistreichen Einfall, List, Talent, natürliche Beschaffenheit.¹⁵⁾ Eine Wertung ins ethisch Böse erhielt es erst durch den Zusatz des Adjektivums "malum". In nachklassischer Zeit gebraucht man "malum ingenium" zwar gelegentlich zusammen mit "fraus",¹⁶⁾ es ist aber keine Stelle nachweisbar, wo "ingenium" im Rahmen eines Versprechens ^{16a)} verwendet worden wäre. In fränkischen Quellen dagegen ist "ingenium" ein bevorzugter Ausdruck.¹⁷⁾ Möglicherweise spiegelt sich in diesem Sprachgebrauch der Hang vulgärer Rechtsquellen zu plastischer, farbiger Ausdrucksweise (vgl. malum ingenium - arge liste).¹⁸⁾ Vielleicht ist auch kirchlicher Einfluß im Spiele.¹⁹⁾

Die Verwendung untechnischer Begriffe im Sinne der römischen Rechtssprache drängt aber den Schluß auf, daß die gefundenen Arglistklauseln jedenfalls in ihrem unmittelbaren Erscheinungsbild nicht römischem Vorbild nachgebildet sind. Zu vielfältig abweichend ist der Ausdruck. Sie scheinen vielmehr Klauseln wiederzugeben, die in der Volkssprache bereits vorhanden waren und ihre lateinische Gestalt durch Übersetzung gewonnen haben.²⁰⁾ Daran ändert auch der Gebrauch von "dolus malus" in einer Formel nichts.

14) Vgl. oben Note 2 und form.turon. c.30, zitiert S.35.

15) Vgl. die Wörterbücher Thesaurus linguae latinae, Vol. 7,1, S.1534, Artikel "ingenium"; Du Cange, Glossarium Mediae et infimae Latinitatis, Bd.4, S.360, Artikel "ingenium".

16) Vgl. Codex Theodosianus VI, 29,6; Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, unter "ingenium", verweisen auf 1,2 cod.4,63.

16a)Vgl. die Arglistformeln in Kap.2, S.7 ff.

17) Vgl. die zahlreichen Fundstellen bei N i e r m e y e r , Mediae Latinitatis lexicon, Fasciculus 6, S.536, unter "ingenium".

18) Hierzu H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, § 1.

19) Vgl. die Fundstellen bei den Kirchenvätern im Thesaurus, a.a.O. sowie die Arbeit von S c h u b e r t , Der Einfluß des kirchlichen Rechts auf das weltliche Strafrecht der Frankenzeit, Münsterer Diss. jur.1937.

20) In diesem Sinn auch F u h r , Zur Entstehung, S.102.

In den Quellen der römischen Vulgärzeit kommt er zwar noch vor, obwohl die "fraus" den "dolus" weitgehend verdrängt hatte.²¹⁾ Trotzdem scheint mir die Formel "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio" nicht römischen Ursprungs. Erstens stört wieder der Gebrauch von "ingenio" und zweitens stellt "fraudis ingenio" ein derart verderbtes Latein dar, wie es selbst im Vulgärrecht weder gesprochen noch geschrieben wurde.²²⁾ Bei der sprachlichen Untersuchung ergibt sich somit ein non liquet. Sprachliche Reminiszenzen sind zwar vorhanden, doch sprechen überwiegende Gründe bei den vorliegenden fränkischen Fassungen der Arglistklauseln gegen unmittelbares römisches Vorbild, wobei insbesondere auf "malum ingenium" zu verweisen ist.²³⁾

II. Inhaltliche Beeinflussung der germanischen Arglistvorstellungen.

Das für die sprachliche Anlehnung der fränkischen Arglistklauseln gewonnene Bild schließt aber nicht notwendig Beeinflussung überhaupt aus. Möglich ist auch ein Einwirken auf die inhaltliche Erfassung des Arglistunrechts. Erinnern wir uns, wo wir auf Arglistklauseln im fränkischen Recht hauptsächlich stießen: in den Untertaneneiden der Karolinger. Erstmals zeigt der anno 789 geforderte Eid eine Arglistklausel. Es ist unwahrscheinlich, daß Karl selbst als erster die Klausel in den Eid aufnahm. Der Untertanentreueid ist nämlich eine Nachbildung des damals bereits in fester Übung stehenden Vasallentreueids,^{24/25)}

-
- 21) Dazu schon oben S.9; dementsprechend findet "dolus" auch im germanischen Recht wenig Anwendung.
 - 22) Doch ist mir der Gebrauch von "dolus malus" erneuter Beweis für das Vorhandensein entsprechender römischer Formeln, die nicht überliefert sind.
 - 23) Wenig ergiebig für die Ableitung der Herkunft der Arglistformeln scheint mir dagegen eine Untersuchung unter dem Paarformelaspekt. Die Ausführungen D i l - c h e r s , Paarformeln, Kap.13 und F u h r s , Zur Entstehung, S.102 f. verlieren deshalb viel an Beweiskraft, weil D i l c h e r in Kap.4, S.26 f., selbst einräumt, daß die Paarformeln nicht auf den germanischen Rechtskreis beschränkt sind, sondern im einschlägigen Zeitabschnitt auch im römischen Rechtskreis zu Hause sind.
 - 24) Näheres bei M i t t e i s , Lehnrecht und Staatsgewalt, S.50 ff.: "Es ist ungemein bezeichnend, daß er (Karl) zur zusammenfassenden Umschreibung der auferlegten Treue keine bessere Wendung prägen zu können meinte als jenes "sicut per dicitum esse homo domino suo". Es bedurfte eben der Anknüpfung an ein von Haus aus privatrechtliches, damals schon fest eingewurzeltes Verhältnis."
 - 25) Der karolingische Vasalleneid enthielt eine Arglistklausel. Dies geht, wenn auch keine unmittelbare Be-
- Forts.S.45.

der seinerseits wieder im Gefolgschaftseid sein Vorbild hatte. 26)

Wie wir nun darlegten, 27) muß bei den Germanen ein Sitten- und Ehrenkodex geherrscht haben, der im Rahmen enger Treuverhältnisse von den Beteiligten ein Gesamtverhalten verlangte, das primär auf Unterlassung schädigenden Verhaltens abzielte. Arglistiges Verhalten hätte dem Treuhand zweifellos widersprochen. Wir müssen aber bedenken, daß die Treue dem Germanen eine gefühlsbetonte Rechtspflicht war. 28) Man hatte eine ungefähre Allgemeinvor-

Forts.v.Fußnote 25) S.44.

legstelle aufzeigbar, doch aus einem Vergleich der beiden anlässlich der Kaiserkrönung Karls neu formulierten Untertaneneidsformulare hervor (zitiert nach M i t t e i s , Lehnrecht und Staatsgewalt, S.54, Anm.137):

Sacramentale qualiter re-promitto ego, quod ab isto die inantea fidelis sum domno Karolo piissimo imperatori, filio Pippini regis et Berthanae reginae, pura mente, absque fraude et malo ingenio de mea parte ad suam partem et ad honorem regni sui, sicut per drictum debet esse homo domino suo, si me adiuuat Deus et ista sanctorum patrocinia quae in hoc loco sunt, quia diebus vitae meae per meam voluntatem inquantum mihi Deus intellectum dederit, sic attendum conscientiam.

Item aliud. Sacramentale qualiter repromitto ego domno Karolo piissimo imperatori filio Pippini regis et Berthanae, fidelis sum sicut homo per drictum debet esse domino suo ad suum regnum et ad suum rectum. Et illud sacramentum quod iuratum habeo custodiam et custodire volo, in quantum ego scio et intellego ab isto die inantea si me adiuvet Deus, qui coelum et terram creavit, et ista sanctorum patrocinia.

Mitteis, Lehnrecht und Staatsgewalt, S.54, mutmaßt, daß die erste Fassung lediglich Entwurf geblieben sei und nicht zur Vereidigung des Volkes herangezogen wurde. Sie sei deshalb nicht zur Verwendung gelangt, weil sie infolge des zu engen Anschlusses an ein dem Redaktor vorliegendes Vasalleneidsformular allzu privatrechtlichen Beigeschmack (vgl. die Worte: de meam partem ad suam partem) enthielt. A.A. insoweit S c h e y h i n g , Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, S.41 f., der glaubt feststellen zu können, daß das zweite Formular zur Vereidigung des Volkes, das erstere dagegen zur Vereidigung der Großen des Reichs, die bereits durch einen Treueid an den Kaiser gebunden waren, verwendet wurde. Beide Ansichten bestätigen unsere Vermutung, daß der karolingische Vasalleneid bereits eine Arglistklausel enthielt.

26) Hierzu M i t t e i s , Lehnrecht, S.46.

27) Vgl. oben S.21ff.

28) Vgl. P l a n i t z - E c k h a r d t , Deutsche Rechtsgeschichte, S.22.

stellung, machte sich aber keine ins Einzelne gehenden Gedanken über die Elemente der Treue, erfaßte sie jedenfalls nicht rational. Ähnliches gilt noch in der fränkischen Epoche für die Erfassung des Arglistunrechts. Die Volksrechte behandeln die Arglist kaum, sind vielmehr vorwiegend auf Eindämmung von Gewalttätigkeiten gerichtet.²⁹⁾ Die wenigen Arglistervwähnungen sind auf engbegrenzte Tatbestände meist strafrechtlicher Art beschränkt. Eine Berücksichtigung im Vertragsrecht, die bereits eine tiefere Schau voraussetzte, ist nicht ersichtlich. Im Gegensatz hierzu steht die Urkundenpraxis, besonders seitens der Kirche. Sie aber kann nicht als Beweis für germanische Vorstellungen herangezogen werden, da sie generell rezeptionsverdächtig ist.³⁰⁾

Römischer Einfluß ist daher nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Zur Zeit der Begegnung der Germanen mit dem römischen Rechtskreis war dort die Arglist dogmatisch erfaßt und hatte ihren Ausdruck in einer Reihe von Formeln gefunden.³¹⁾ Im öffentlichen Recht wurde schon seit alters eine Arglistformel gebraucht, und auch im Privatrecht spielte sie eine Rolle. Kanäle, durch die die römischen Rechtsvorstellungen nach Germanien geflossen sein könnten, sind leicht aufzeigbar. Wir brauchen nur daran zu erinnern, daß viele Angehörige germanischer Völkerschaften, selbst ganze Stämme, sich als Söldner bei den Römern verdingten. Sie schworen dort den Fahneneid, der eine Arglistklausel enthalten haben dürfte.³²⁾ Andere Germanen stiegen zu höchsten Staatsämtern auf. Ihnen gegenüber als Barbaren werden die Römer größten Wert darauf gelegt haben, sie durch Aufnahme einer Arglistklausel ins Loyalitätsversprechen an die römischen Vorstellungen von Treue zu erinnern.

Nach allem werden wir bezüglich eines Einflusses römischer Arglistvorstellungen zu scheiden haben. Grundsätzlich neue Rechtsvorstellungen wird die Berührung mit den Römern den Germanen nicht gebracht haben. Auch ihnen war

29) Vgl. näher oben S.27 ff.

30) Vgl. oben S.2 und diese Seite unten.

31) Siehe Kap.3.

32) A. D o p s c h , Grundlagen der europäischen Kultur-entwicklung, Bd.2, S.302., weist darauf hin, daß es im spätrömischen Imperium bereits analog der Gefolgschaft Privatarmeen gab, die aus berittenen Soldaten, den sog. "buccellarii", bestanden. Letztere waren durch einen Treueid dem Herrn persönlich verpflichtet. Von der h.L. (vgl. bei M i t t e i s , Lehnrecht, S.17), die auf B r u n n e r zurückgeht, wird ein Zusammenhang mit dem Gefolgschaftswesen allerdings verneint. Neuerdings finden sich wieder Anklänge an die Doppsche Lehre bei Hans K u h n , Die Grenzen der germanischen Gefolgschaft, S.8: die fränkischen Vasalleneide seien auf römischen oder christlichen Einfluß zurückzuführen.

Arglist als Unrecht im Rahmen von Treuverhältnissen geläufig. Aber die Germanen dachten immer konkret, auf den Einzelfall bezogen. Eine umfassende Regelung der Arglist war ihnen unbekannt. Besonders die Beziehungen der Arglist mit dem Vertragsrecht war nicht durchschaut. Wenn nun in fränkischer Zeit im Treueid des Vasallen bzw. in dem diesem nachgebildeten Untertanentreueid mit der Formel "*sine fraude et malo ingenio*" ein Arglistbegriff begegnet, der alle die bisher separat betrachteten Einzelfälle zu umgreifen scheint, so muß dies überraschen. Denn diese Formel zeigt einen Ansatz zu abstrakterem Denken. Möglicherweise wird hier, ohne daß ein eindeutiger Beweis erbracht werden kann, fremder Einfluß sichtbar.

Leider ist auch über die Urkundenpraxis kein näherer Anhaltspunkt gegeben. Wir können an eine obige Erörterung anschließen. Lex Bai.1,2 33) lenkte die Aufmerksamkeit auf die aus fränkischer Zeit zahlreich erhaltenen Formelsammlungen und Traditionskodizes. In vielen Urkunden bairischer Klöster begibt sich der Schenker in Übereinstimmung mit jener Gesetzesstelle aller seiner Rechte an dem Schenkungsobjekt und verpflichtet sich, seine Erben und jeden Dritten, jeden Versuch einer Rückgewinnung des Schenkungsobjekts unter Meidung einer im Einzelfall verschiedenen Strafdrohung zu unterlassen. Dabei begegnen neben der absoluten Fassung der sog. Strafklauseln 34)

- Freisinger Urkunde anno 769: 35) *Si quis vero, quod futurum minime credo, si ego ipse, auf ullus de heredibus meis seu quicumque emissa persona, qui contra hanc epistolam traditionis quam ego propria voluntate fieri vel firmare rogavi venire aut aliquid resultare praesumpserit, imprimis iram dei omnipotentis exinde incurrat, et cui litem intulerit solidos quingentos coactus componat et petitio sua vacua vel inanis permaneat, sed per epistolam omnique tempore firmiorem obteneat roborem ...*
- Freisinger Urkunde anno 790: 36) *Propterea tradiderunt ad domum sanctae Mariae..., ut ita permaneat sine lesione usque in perpetuum...*
- Freisinger Urkunde, 8.Jht.: 37) *...tradiderunt, ut ibidem pro redemptione animae meae usque in perpetuum sine contradictione persistat...*

auch Formulierungen, die näher angeben, was alles im Einzelnen verboten sein soll:

33) Text ist abgedruckt in Kap.3, Note 78.

34) Zu den Strafklauseln vgl. L o e n i n g , Der Vertragsbruch im Deutschen Recht, S.534 ff.; B l u h - m e , Über die Bekräftigungsformeln, S.207 ff.; W. S j ö g r e n , Strafklauseln, S.104 ff.; Hans v. V o l t e l i n i , Fluchformeln, S.64 ff.

35) B i t t e r a u f , Die Traditionen des Hochstifts Freising, Bd.1, Nr.31.

36) B i t t e r a u f , Bd.1, Nr.127.

37) B i t t e r a u f , Bd.1, Nr.115.

- Freisinger Urkunde anno 819: 38) ...tradidissent, ne domus sanctae Mariae propter illos in aliquo defraudata vel monorata fuisset...
- Freisinger Urkunde, ca.800: 39) si quis vero, quod futurum esse non credo, si ego ipse aut ullus quislibet de heredibus ac deheredibus meis seu ulla opposita vel emissa persona qui contra hanc donationem... pro qualibet ingenium aut articulum, sicut mundum cotidie artibus et ingeniis ambulare aut infringere conatus fuerit, imprimis iram trinitatis incurrat...

Derartige Strafklauseln finden sich nicht nur in Schenkungsurkunden, sondern auch in Tausch- und Kaufverträgen, im Prekarienbestellungen, testamentarischen Verfügungen und dergleichen. Neben bairischen Urkunden sind es vor allem alamannische, seltener auch fränkische, die einen Ausschluß arglistiger Rückforderung einer verschenkten oder verkauften Sache enthalten. Die Urkunden bedienen sich dabei der Ausdrücke "per malum ingenium", "malo ingenio", "per ingeniis", selten "fraude", "sine fraude". So wie ihn die Urkunden enthalten, erfaßt der Straftatbestand, der hier durch die Privatvereinbarung geschaffen wird, jedes irgendwie geartete arglistige Verhalten in der Zukunft, stellt damit eine umfassende Arglistformulierung dar und steht insoweit im Gegensatz zur volkrechtlichen Regelung. 40)

Es liegt nahe, dieses Erscheinungsbild der Urkunden auf römischen Einfluß zurückzuführen. Ist doch das Urkundenwesen der germanischen Reiche aus dem römischen Rechtskreis übernommen 41) und auch speziell die Herkunft der Poenformeln aus der römischen Urkundenpraxis gesichert.42)

38) B i t t e r a u f , Bd.1, Nr.423.

39) B i t t e r a u f , Bd.1, Nr.344.

40) Für konstitutiv hält die Strafklauseln auch S j ö g e r e n , Strafklauseln, S.118 ff.; a.A. L o e n i n g , Vertragsbruch, S.563, 570 ff.; beide Arbeiten gehen auf die urkundlichen Arglistausschlüsse nicht ein.

41) Vgl. Heinrich B r u n n e r , Zur Rechtsgeschichte der Urkunden, S.3: in den fränkischen Urkunden seien viele Reminiszenzen an das römische Urkundenwesen feststellbar. "unter den konservativen Kräften der Rechtsgeschichte sind die Urkundenschreiber die konservativsten".

42) Vgl. die in Note 34) aufgeführte Literatur, die sich hauptsächlich mit der Metamorphose der Strafklauseln beschäftigt. Während sich nämlich die römischen Poenformeln, die echte Konventionalstrafen darstellen, nur an die Geschäftsparteien bzw. ihre Erben wenden, verpflichten die fränkischen auch jeden Dritten. Vgl. im übrigen noch T j ä d e r , Papyri, S.264, der bezüglich der römischen Poenformeln griechisch-byzantinischen Einfluß vermutet.

Ebenso wie die fränkischen Urkunden enthalten die römischen Schenkungs- und Verkaufsurkunden der vulgärrechtlichen Zeit in Zusammenhang mit einer Strafklausel regelmäßig das Versprechen, die Schenkung auf keine Weise anfechten zu wollen:

- Ravennatische Urkunde anno 553: 43) ...contra quam donationem nullo tempore nullaue ratione me posteros successoresque meos venturos esse polliceor....
- Ravennatische Urkunde ca.600: 44) ...contra hanc donationem meam, quam propria et spontanea voluntate feci praedictae sancti Ravennati ecclesiae pro oblationem et remedium animae meae numquam esse venturum sed perpetuis temporibus tam me quam heredes successoresque meos inlesam atque immaculatam conservare promitto....

Daneben enthalten die römischen Schenkungsurkunden auch regelmäßig eine Dolusklausel, mit der der Schenker kundtut, daß seiner Schenkung gegenwärtig wie zukünftig Arglist fernliege.⁴⁵⁾ In einer Urkunde aus dem 6. oder 7. Jht. scheint sich nun eine Verschmelzung ersteren Versprechens und der Arglistklausel anzukündigen:

- Ravennatische Urkunde anno saec. 6,7: 46) ...me haec omnia, quae praesens donationis textus eloquitur inviolabiliter conservare atque adimplere ejusque rei dolum malum abesse afuturumque esse promitto...

Auch in alamannischen Urkunden findet sich noch ein Nebeneinander von Nichtverletzungsversprechen und Arglistklausel:

- St.Galler Urkunde anno 827: 47) ...contra hanc donationem venire et eam quodlibet ingenio...inrumpere...,

in den weitaus meisten Fällen wird jedoch ein Formular gebraucht, in dem die ursprüngliche Zweigleisigkeit der Versprechen nicht mehr auffällt.

Für eine römische Beeinflussung der germanischen Urkundenregelungen in punkto Arglist spräche nun der örtlich unterschiedliche Gebrauch, der zeigt, daß die Formula noch kein Gemeingut aller germanischen Stämme war. Die weitest- und häufigste und meiste Verwendung machen die St.Galler Traditionsurkunden.⁴⁸⁾ Der stereotype Gebrauch der

43) T j ä d e r , Papyri, P.13, S.304, Zeile 27-29.

44) T j ä d e r , Papyri, P.16, S.322, Zeile 1-5.

45) Vgl. die Zusammenstellung der Poenformeln oben S.10.

46) T j ä d e r , Papyri, P.18-19 = Marini Nr.92.

47) W a r t m a n n , Urkundenbuch der Abtei St.Gallen, Bd.1, Nr.305.

48) "pernullis ingeniis" enthalten bei W a r t m a n n , die Urkunden Nr.25, 29, 33, 39, 62, 85, 100, 103, 189, 199, 209, 213, 240, 257, 302. "malo ingenio" enthalten die Urkunden Nr.251, 281, 286, 294, 299, 305, 307, 308, 326, 342, 367, 384, 390. Ähnliche Formulierungen finden sich in Formulae Augienses (MG Formulae, ed. Karolus Z e u m e r , Bd.2, S.360 (24), 361 (12)) sowie Formulae Sangallensis (Z e u m e r , a.a.O.; S.389 (18)).

"pernullis ingeniis" - Klausel scheint hier auf ein uraltes Formular zurückzugehen.49) Dagegen zeigen fränkische Formelsammlungen ein nur spärliches Bild.50) Die wenigen bairischen Fundstellen 51) könnten wiederum von St.Gallen beeinflusst sein.52)

Mit diesem Weg der Übernahme stimmt freilich nicht überein, daß die in römischen Urkunden aufgezeigten Arglistklauseln eine von den in germanischen Urkunden gefundenen verschiedene Formulierung aufweisen. Sowohl Konstruktion wie wortmäßige Zusammensetzung sind verschiedenen. Dazu kommt noch, daß die römischen Formeln gegenwärtige wie künftige Arglisthandlungen ausschließen wollen, während die in germanischen Urkunden gefundenen nur auf Ausschluß künftiger Untreue abzielen. Dieser Inkongruenz kommt im Rahmen von Urkunden sehr große Bedeutung zu, da Urkundenschreiber etwaige Vorlagen wörtlich abzuschreiben pflegen. Auch die in späterer Zeit (ab 9. Jahrhundert) in römisch-langobardischen Urkunden auftauchenden, den alamannischen Formeln gleichenden Poenformeln 53) lassen wegen der späteren Entstehungszeit der Urkunden keinen Schluß auf römischen Ursprung zu, lediglich eine Verkaufsurkunde aus dem 7. Jahrhundert enthält "per quovis ingenio".54) Ihr kann angesichts des

-
- 49) Je älter die Urkunde, desto enger hält sie sich an die Vorlage, spätere Urkunden zeigen oft Abweichungen; zu den Urkunden der Abtei St.Gallen vgl. auch B r u n n e r , Zur Rechtsgeschichte der Urkunden, S.50 ff.; zum alamannischen Urkundenwesen überhaupt ders., a.a.O., S.244.
- 50) Vgl. *Formulae Andecavenses* (MG *Formulae*, Bd.1, S.66, Zeile 22); *Cartae Senonicae* (MG *Formulae*, Bd.1, S.191, Zeile 17); *Formulae Salica Lindenbrogianae* (MG *Formulae*, Bd.1, S.275, Zeile 15); *collectionis Flavinianensis* (MG *Formulae*, Bd.2, S.477, Zeile 10; S.491, Zeile 8).
- 51) B i t e r a u f , *Freisinger Traditionen*, Nr.5, 344, 371, 389, 423, 475; bis auf Nr.5 sämtliche erst 9. Jahrhundert. W e i s s t h a n n e r , *Regensburger Traditionen*, Nr.21a. Keine Belegstelle findet sich im Salzburger Urkundenbuch, ed. Willibald H a u t h a l e r , Bd.1 sowie in der Salzburger Formelsammlung aus Erzbischof Arnos Zeit, ed. R o c k i n g e r .
- 52) An Hand der Urkunden ist ein solcher allerdings nicht nachweisbar; vgl. aber über die Beeinflussung des bairischen Volksrechts durch das alamannische bei F. B e y e r l e , *Die süddeutschen Leges und die merowingische Gesetzgebung*, ZRG, germ.Abt., Bd.49, 1929, S.264 ff.; ders., *Die beiden süddeutschen Stammesrechte*, ZRG, Bd.73, 1956, S.84 ff.
- 53) Vgl. bei Marini die Urkunden Nr.98 a.850, 100 a. 945, 101 a.949, 103 a.969.
- 54) M a r i n i , Nr.132.

damals bereits in Italien herrschenden Völkergemisches kein entscheidender Beweiswert mehr zukommen. Wegen der vorzugsweisen Verwendung in kirchlichen Traditionen und des häufigen Gebrauchs vom "ingenium" liegt wiederum kirchlicher Einfluß näher. 55)

So müssen wir am Ende zugeben, daß auch für einen Einfluß des römischen Rechts auf die schärfere Fassung der Arglist im germanischen Rechtsbewußtsein keine handgreiflichen Beweise vorliegen. Wohl ist auffällig, daß gerade im Urkundenwesen und in Treueiden ein umfassender Arglistausschluß auftaucht, während die in erster Linie germanische Vorstellungen widerspiegelnden Volksrechte einen solchen abstrahierenden Begriff nicht kennen. Doch läßt die Quellenlage keinen positiven Schluß zu. Zugleich hoffe ich aber klargelegt zu haben, daß auch der gegenteilige Schluß, die Arglist habe sich ohne fremden Einfluß aus dem germanischen Rechtsbewußtsein entwickelt, sich nicht widerspruchsfrei erhärten läßt.

III. Der Entwicklungsgang der Arglistklauseln im fränkischen Rechtskreis.

Im Folgenden werden wir versuchen, den Entwicklungsgang der Arglistklauseln im fränkischen Rechtskreis etwas aufzuhellen und die verschiedenen Fundorte der Klauseln zueinander in Beziehung zu setzen.

Hier scheint mir der Schluß gerechtfertigt, daß die Arglistklauseln im schuldrechtlichen Versprechen und im Treueid nicht isolierte Entwicklungen darstellen, sondern der Gebrauch der Klausel im einen Hand in Hand mit der Verwendung im anderen ging. Es dürfte nicht purer Zufall sein, daß der einzige überlieferte fränkische Vertrag, der die Arglistklausel der Form "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio" zeigt, nämlich jener Vertrag der fränkischen Teilkönige Guntram und Childebert aus dem Jahre 587, auch und vor allem eine Treubindung schaffen will: "id inter eos....convenit, unquandiu Deus omnipotens in praesenti saeculo superesse voluerit, fidem et caritatem puram et simplicem sibi debeant conservare..". Wir gehen nicht fehl, wenn wir daher in der Beeidigung des Vertrags im Anschluß an die Normierung der wechselseitigen Pflichten ein sog. Treugelöbnis, das "fidem facere" der fränkischen Quellen, erblicken. 56) Dieses Treugelöbnis war ein verstärktes, gesteigertes Versprechen in bestimmten Formen, das besonders bei Begründung persönlicher Treuverhältnisse angewandt wurde. 57) Das Treu-

55) Siehe oben S.43, Note 19.

56) Vgl. H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, S.524 ff., § 71 I.

57) Es ist hier der Ansicht F u h r s , Zur Entstehung, Forts.S.52.

gelöbnis war daher dem Treueid eng verwandt. M i t t e i s 58) bemerkt denn auch anlässlich der Besprechung von Kommendation und Treueid kirchlicher Würdenträger im fränkischen Reich, beide Rechtsakte wären nicht notwendig miteinander verbunden und hätten nicht ausschließlich zur Begründung von Vasallenverhältnissen gedient. Sie seien vielmehr bis ins Hochmittelalter hinein getrennt oder miteinander zur Verbindlichmachung aller möglichen Rechtsgeschäfte verwendet worden. Der angezogene Vertrag von 587 ist ein Anwendungsfall in Form des Treugelöbnisses, sonstige Beispiele für die fränkische Epoche sind nicht ersichtlich. 59)

Dies läßt uns nun klarer die Entwicklung der Anwendung der Arglistklauseln "sine fraude et malo ingenio" etc. erkennen. Ursprünglich wurden sie wohl im Rahmen des Treueids bzw. des Treugelöbnisses gebraucht, durch die jeweils engere Treuverhältnisse begründet wurden. Sie waren ja, wie wir früher erkannten, als Umschreibung des Treubegriffs entstanden. 60) Später mochten dann die Arglistklauseln auch im Rahmen solcher Vertragsversprechen gebraucht worden sein, die nicht mehr enge Treuverhältnisse begründeten, sondern Geschäfte des täglichen Lebens beinhalteten, z.B. Kauf. In fränkischen Quellen finden wir aber die Klausel in Verträgen letzterer Kategorie noch nicht. Dies mag aber auch an der mangelhaften Überlieferung liegen. Mittelalterliche Quellen zeigen dann die bereits vollzogene Entwicklung. Eindeutig aber scheint soviel, daß nämlich die Klausel im Treugelöbnis den Ausgangspunkt für die schärfere Beurteilung der Treue im allgemeinen Vertragsversprechen darstellt.

Bleibt noch, einen Blick auf die im prozessualen Bereich gefundenen Arglistklauseln zu werfen. Für die Klauseln im Wahrheitsversprechen beim Rüge- und Inquisitionsverfahren stellten wir bereits eindeutige Querverbindungen

Forts.v.Fußnote: 57) S.51.

S.106 ff. (109) entgegenzutreten, das Treugelöbnis im angeführten Vertrag der Teilkönige bedeute eine Verpfändung der Gesamtpersönlichkeit, von Treue und Ehre. Diese Deutung des Treugelübdes, die von Otto v. G i e r k e , Schuld und Haftung, S.119 ff. begründet worden war, trifft jedenfalls für die fränkische Epoche noch nicht zu, wie B e y e r l e , Der Ursprung der Bürgschaft, in: ZRG, germ.Abt., Bd.47, S.571 ff. dargelegt hat.

58) Lehnrecht und Staatsgewalt, S.72.

59) Im gesamten von mir durchgesehenen Quellenmaterial konnte ich außer im angezogenen Urfehdevertrag nur noch in einer sprachlich verderbten bairischen Schenkungsurkunde aus dem Jahre 750 (Bitterauf, Bd.1,Nr.5) eine Klausel der Form "sine fraude" finden. Da dieser Ausdruck keine Paarformel ist und die übrigen Traditionen schweigen, scheint mir eine Verbindung mit der Formel "sine fraude et malo ingenio" nicht gegeben.

60) Siehe oben S.21 ff.

zum Treueid her.61) Die Formeln "absque ulla fraude vel ingenio" usw. kamen gerade dadurch in das Versprechen, daß sich die Zeugen zur Erhärtung der Wahrheit auf den geleisteten Treueid beriefen. Insoweit ist also eindeutige Priorität der Treueidsklauseln gegeben. Für die Klausel "absque ulla fraude vel concludio" in Formula Turonensis c.30, die eine Klagbeteuerung überliefert, ließ sich dagegen eine solche Verbindung nicht erhärten. Ob es sich bei dieser Formel um eine eigenständige, im Prozeß gewachsene Arglistklausel handelt, kann an Hand des Quellenmaterials nicht entschieden werden. Immerhin ist beachtenswert, daß andere prozessuale Versprechensformeln, die erst in geschichtlicher Zeit zum Ausschluß boshaften Verhaltens im Prozeß geschaffen wurden, wie der Voreid,62) wohl auch Arglistausschlüsse, aber nicht die gesuchten Klauseln enthalten. Das deutet darauf hin, daß die Klausel zu jener Zeit auf prozessualem Gebiet noch nicht eingebürgert war, Formula Turon, c.30, die im 8. Jahrhundert aufgezeichnet wurde, also eine später eingeführte Formulierung darstellt, die möglicherweise auf die im Vasalleneid gebrauchte Arglistklausel zurückgeht.

61) Siehe oben S.32 ff.

62) Die Einführung des Voreids erforderte ein bereits fortgeschrittenes Stadium der Prozeßentwicklung. Die öffentliche Gewalt mußte so erstarkt sein, daß sie selbst wegen todeswürdiger Verbrechen unter völliger Umkehrung der Beweisgrundsätze dem Kläger einen Voreid zumuten konnte; auch mußte die Möglichkeit bloßer Festnahme des handhaften Täters bekannt sein; vgl. dazu B e y e r l e , Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, S.444; zur Entwicklung der staatlichen Verbrechenverfolgung K a u f m a n n , Ekkehard, Die Fehde des Schar, Juristische Schulung, 1961, S.85 f.; ders., Wo kein Kläger, da kein Richter, Juristische Schulung, 1961, S.182 ff.

Kapitel 6: Die weitere Entwicklung der Arglistklauseln
bis zum Aufkommen deutschsprachiger Urkunden.

In der nachkarolingischen Zeit können wir kaum Belegstellen für den Gebrauch der Arglistklauseln "absque ulla fraude vel ingenio" etc. aufzeigen. Dennoch darf uns dies nicht zur Annahme verführen, die fränkischen Klauseln seien außer Übung gekommen. Der Hauptgrund für das Fehlen einer Überlieferung liegt zweifellos in der Spärlichkeit schriftlicher Nachrichten aus jener Epoche. Nach der karolingischen Renaissance trat ein allgemeiner Kulturverfall ein. Auch die Kunst der Urkundenfertigung litt hierunter. Einerseits hörte die theoretische Beschäftigung mit dem Urkundenwesen auf. Die letzten Formelbücher entstanden um die Wende zum 9. Jahrhundert.¹⁾ Hinzu kam die rückläufige Tendenz des forensischen Beweisrechts.²⁾ Der altgermanische Zeugenbeweis trat wieder mehr in den Vordergrund und verdrängte die Anfänge des Urkundenbeweisrechts.³⁾ Urkunden wurden jetzt hauptsächlich nur noch in der Form der "notitia"⁴⁾ zum Zweck der Erinnerung an vorgenommene Rechtshandlungen und der Fixierung von Zeugennamen angefertigt, ohne über den Inhalt der Geschäfte Näheres auszusagen.

- 1) Vgl. Harry B r e s s l a u , Urkundenlehre, Bd.1, S.667.
- 2) Bald nach dem Aufkommen des Urkundenwesens bei den deutschen Stämmen, die sich während oder nach der großen Wanderung auf römischem Reichsgebiet niedergelassen hatten, sicherte sich die Urkunde auch im gerichtlichen Beweisrecht ihren Platz; vgl. lex bai. 1,1; lex alam.1,2; 16-18; lex sal.14,4; lex rib.60,6. Die Königsurkunde war unscheltbar; die echte, von einem öffentlich bestellten Gerichtsschreiber ausgestellte Privaturkunde verschaffte mindest einen Beweisvorteil. Die Karolingische Reichsgesetzgebung erweiterte den Urkundenbeweis zusätzlich, indem sie zum Beweis der Echtheit einer Urkunde bloßen Schriftvergleich zuließ; hierzu B r e s s l a u , Urkundenlehre, Bd.1, S.635 ff.
- 3) Im Volke waren die obrigkeitlich eingeführten Neuerungen auf Zurückhaltung, ja Ablehnung gestoßen. Mit dem Verfall der königlichen Macht ging daher Hand in Hand ein Niedergang des amtlichen Gerichtsschreiberinstituts. Seit dem 10.Jahrhundert gab es in Franken und Alemannien keine öffentlichen Schreiber mehr. Die wenigen Privaturkunden sind durch verwilderte Abfassung gekennzeichnet. Baiern hatte schon immer insofern eine Sonderstellung, als es hier keine öffentlichen Gerichtsschreiber gegeben hat. Schon im 9.Jahrhundert setzte daher ein rascher Verfall der Urkundenabfassung ein. Man geht von der "carta" zur "notitia" über, von dieser zur unbeglaubigten, jeder Beweiskraft entbehrenden Urkunde. Näheres zu den angeschnittenen Fragen bei Harry B r e s s l a u , Urkundenlehre, a.a.O.
- 4) Über die einzelnen Urkundenarten vgl. Heinrich B r u n n e r , Zur Rechtsgeschichte der Urkunden.

I. Der Weiterbestand der Arglistklauseln.

Parallel mit dem Zerfall der zentralen Königsmacht verschwindet zwar auch der allgemeine Untertanentreueid,⁵⁾ da mit dem Ausbau des Lehenswesens und dem Erstarken der Territorialherrschaft nur noch die Großen des Reichs in unmittelbare Beziehungen zum König treten, während die unteren Stufen des Adels die Lehen von Herzögen und Fürsten erhielten.⁶⁾ Die fränkischen Arglistklauseln blieben dennoch weiterhin in Übung. Hierfür spricht schon, daß das soziale Gefüge des Volkes weiterhin von einer großen Zahl persönlicher Beziehungen bestimmt war. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang besonders auf das Lehenswesen,⁷⁾ das mit seinen Anfängen ⁸⁾ bis in Karolingische Zeit zurückreicht. Bestimmend für das

-
- 5) Es wurden zwar noch einzelne territorial begrenzte Huldigungseide geleistet, aber keine wirklichen, das ganze oder den größten Teil des Reichs umfassenden Untertaneneide. Letzterer ist 876 im Westfrankenreich noch nachweisbar, im Ostfrankenreich verliert er sich schon früher, vgl. dazu K i e n a s t, Untertaneneid und Treuevorbehalt, in ZRG, germ.Abt., Bd.66, S.111 ff.
 - 6) Auf das damit geborene Problem der Pflichtenkollision sei nur verwiesen. Durch die Mediatisierung der unteren Adelsschichten gerieten die unmittelbaren Gehorsamspflichten des einzelnen gegenüber der Krone in den Hintergrund. Es verstand sich in Deutschland nicht mehr von selbst, daß der Lehensträger treueid einen Vorbehalt zugunsten des Reiches enthielt. Die Treupflicht des Mannes bestand vielmehr contra omnes homines, also auch gegen den König. Bei einem Konflikt mit der Krone verlangte und erhielt daher der Lehenherr von seinem Mann auch gegen den König Unterstützung. Erst Barbarossa versuchte wieder, diese für die Einheitsbestrebungen des Reichs so verhängnisvollen Rechtsanschauungen durch Betonung der alten Untertanenpflicht zu entgiften; er scheiterte damit. Anders gestaltete sich dagegen die Entwicklung in England, wo der allgemeine Treuevorbehalt gegenüber der Krone im Volke fest verankert war. Näher vgl. K i e n a s t, a.a.O.
 - 7) Zum Lehenswesen vgl. aus der umfangreichen Literatur zur Einführung in die Materie G a n s h o f, Was ist das Lehenswesen?; dort auch eine ausführliche Literaturangabe. Grundlegend M i t t e i s, Lehnrecht und Staatsgewalt; siehe schon W a i t z, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.6.
 - 8) Das Lehenrecht ist eine fränkische Entwicklung und historisch aus zwei Elementen entstanden, der Vasallität als dem persönlichen und dem Benefizium als dem dinglichen. Das persönliche Element wurzelt seinerseits wiederum in der gallorömischen Kommendation, durch die die Vasallität älteren Stils begründet wurde und bei der sich der Vasall mit einem lebenslangen Gehorsams- und Dienstversprechen in Schutz und
Forts.S.56

Lehensverhältnis ist neben dem Benefizium das Treuband zwischen Lehensherr und Lehensträger. Die Begründung eines derartigen Verhältnisses erfolgte durch einen Vertrag, der aus zwei unmittelbar einander folgenden Teilen bestand 9) (wenn wir von der hier nicht interessierenden Benefizienübertragung absehen). Zunächst wurde in feierlichem Ritus der Akt der Selbstübergabe, der "mannschaft", vollzogen. Hierauf folgte das eidliche Treueversprechen in einem Akt oder in späterer Zeit auch getrennt in Versprechen und nachfolgendem Schwur. Dieser Treueschwur begründete die Treupflicht des "mannes".10) Er konnte allgemein auf Treue gehen, diese aber auch in ihren einzelnen Anwendungen näher bestimmen.11) Im letzteren Fall umschrieb er den Inhalt der Treuverpflichtung wie schon in der Frankenzeit negativ; die Treue war nämlich trotz positiver Ansätze ihrem Wesen nach noch immer Pflicht zu Unterlassen, wenn man auch dazu überging, durch Normierung unechter Unterlassenspflichten positive Inhalte einzufügen.

Forts.v.Fußnote 8) S.55.

Gewalt eines Herrn begab, und in der germanischen Gefolgschaft, durch die das Treumoment in die Vasallität eingeführt wurde. Die so veredelte Vasallität wird staatspolitisch in der Karolingerzeit hochbedeutsam, da durch sie der Adel erfolgreich an das Königtum gebunden werden konnte.

Neben der Vasallität spielte das Benefizium als die dingliche Grundlage des Lehnrechts eine Rolle. Für treue Dienste bedachten schon die Merowingerkönige ihre Gefolgsleute mit Landschenkungen, die aber kein freies Eigentum begründeten, sondern im Obereigentum des Schenkers blieben. Die Karolinger setzten diese Politik durch Säkularisation von Kirchengut fort.

Entscheidend für die Entstehung des Begriffs "lehenswesen" war nun die Verbindung beider Elemente. In der Regel wird nunmehr ein Benefizium nur an einen Vasallen ausgegeben. Andererseits weitet sich der Begriff des Lehensgutes. Hierunter verstand man alles, was einen nachhaltigen Ertrag abwarf, vor allem also Landgüter, aber auch Rechte, Renten, öffentliche Einkünfte, zunehmend aber auch öffentliche Ämter des Reiches (mit der Verbindung von Amt und Lehen beschäftigt sich Teil 1 der Arbeit von Robert S c h e y h i n g , Ämter, Eide und Bannleihe). Als klassische Zeit des Lehnrechts wird gewöhnlich die Zeit vom 10. bis 13.Jht. angegeben. Vgl.näher die oben Note 7 angegebene Literatur.

9) Näheres bei G a n s h o f , S.71 ff.

10) Der Lehenstreueid ist erstmals für die Mitte des 8. Jahrhunderts nachgewiesen, als der Baiernherzog Tassilo III dem König Pippin Treue schwört; vgl. M i t t e i s , Lehnrecht und Staatsgewalt, S.43.

11) Vgl. W a i t z , Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd.6, S.68 f.; M i t t e i s , Lehnrecht, S.481 f.

Bei diesem Sachverhalt ist es als sicher anzunehmen, daß die karolingische Arglistklausel mit dem Lehenseid, der dem Vasalleneid entwachsen ist,¹²⁾ über die Jahrhunderte hinweg sich erhalten hat. Dies bestätigt eine von Galbert, Notar des Grafen von Flandern, im Jahr 1127 hergestellte Aufzeichnung über die Neubelehnung der Vasallen des ermordeten Grafen Karl durch seinen Nachfolger Graf Wilhelm. Der Lehensherr fragt jeden einzelnen Anwärter, ob er aufrichtig sein Mann sein wolle. Alsdann umschließt der Graf die zusammengelegten Hände des künftigen Vasallen mit seinen Händen und besiegelt das Bündnis mit seinem Kuß. Hierauf gibt jeder einzelne dem Vorsprecher ¹³⁾ des Grafen ein Treuversprechen ab:¹⁴⁾

"Spondeo in fide mea, me fidelem fore amodo comiti
W. et sibi hominum integraliter contra omnes
observaturum fide bona et sine dolo."

Schließlich muß der neue Vasall sein Versprechen mit dem Eid bekräftigen.

Ich zweifle nicht, daß dies ein Weg ist, auf dem die Arglistklauseln der Frankenzeit sich das ganze Mittelalter hindurch erhalten haben. Zwar sind auch Lehenseide überliefert, die keine derartige Formel aufweisen.¹⁵⁾ Das bestätigt nur unsere These, daß der Klausel keine konstitutive Bedeutung zukam. Oft enthalten die Eide aber wenigstens einen Arglistausschluß in anderen Worten.

Als Belege des fortwährenden Gebrauchs der Arglistklauseln dienen auch Versprechen deutscher Könige, die mit den Kaiserkrönungen durch die Päpste in Zusammenhang stehen. Die Italienzüge der Könige zum Zwecke der Kaiserkrönung gehen schon auf Karl den Großen zurück, der sich nach der Salbung durch den Papst an Weihnachten des Jahres 800 in Rom selbst die Krone aufs Haupt setzte. Seit dem Ende des 9. Jahrhunderts beanspruchten die Päpste die Kaiserkrönung als kirchliches Vorrecht.¹⁶⁾ Die Krönung, auf die nur der deutsche König Anspruch hatte, konnte dem rechtmäßigen König zwar vom Papst theoretisch nicht verweigert werden, mußte aber praktisch oft durch Zuge-

12) Über den Vasalleneid der Frankenzeit vgl. Kap.5, Note 25.

13) G a n s h o f , S.72, erklärt das Auftauchen eines Vorsprechers dadurch, daß der Graf des Niederländischen nicht mächtig gewesen sei und daher eines Dolmetschers bedurfte.

14) Galbert v. B r ü g g e , Histoire du meurtre de Charles le Bon, comte de Flandre, c.56, hrsg. von H. P i r e n n e , Paris 1891, S.89; hier zitiert nach G a n s h o f , a.a.O.

15) Vgl. die Auswahl bei G a n s h o f , S.78.

16) Vgl. M i t t e i s , Deutsche Rechtsgeschichte, S.102 ff. (106).

ständnisse und Sicherheitsgarantien für Papst und Kirche erkaufte werden. Insbesondere verlangten die Päpste, daß die Kaiser als Schutzherrn der Christenheit und Verfechter des katholischen Glaubens immer wieder eidliche Versicherungen, den Stuhl Petri gegen alle Feinde zu verteidigen, abgaben. Im Rahmen solcher Versprechungen 17) seitens der Könige tauchen gelegentlich auch die gesuchten Arglistklauseln auf. Hier der Schwur Heinrich des Fünften anläßlich des Abkommens von Sutri am 9. Februar 1111 : 18/19)

"Ego Heinricus rex ab hac hora inantea non ero in facto aut consilio, ut domnus papa Pachalis II perdat papatum Romanum vel vitam vel nembra vel capiatur mala captione aut per me aut per summissam personam... Sic observabo domino papae sine fraude et mal ingenio, si dominus papa proximo die dominico sic adimpleverit mihi, sicut in conventionis carta scriptum est. Sic et Deus." 20)

Der Gebrauch der Formel in diesem Versprechen ist nicht etwa auf kurialen Einfluß zurückzuführen. Dies scheint mir mit Sicherheit daraus hervorzugehen, daß in allen Papsturkunden, die ich durchgesehen habe, kein einziges Mal die Formel verwendet wird. 21) Das Schweigen wäre unverständlich, wenn tatsächlich von Rom aus ein neuer Anstoß zum Gebrauch der Arglistklauseln in Deutschland ausgegangen wäre.

Auch sonst geben die Quellen für die Weiterverwendung der Arglistklauseln im Schuldversprechen, vornehmlich aber im Treugelübde, manchen Fingerzeig, zumal ja Schuld- und Haftungsgeschäfte während des ganzen Mittelalters

17) Gesammelt durch H. G ü n t e r , Die Römischen Krönungseide.

18) Zitiert nach G ü n t e r , S.14.

19) Papst Paschalis II. hatte Heinrichs Auflehnung gegen seinen Vater in Deutschland unterstützt und mit ihm in Sutri 1111 zur Beendigung des Investiturstreits einen Vertrag geschlossen. Nach dessen Scheitern wurde er von Heinrich gefangen gesetzt und konnte sich die Freiheit nur dadurch erwerben, indem er Heinrich die Kaiserkrönung, das Recht der Investitur auf Lebenszeit und den Verzicht der Verhängung des Kirchenbannes zusicherte. Von der gregorianischen Partei deswegen hart angefeindet, nahm er die Zusicherungen 1112 zurück. Vgl. den Originalbericht bei G ü n t e r , Krönungseide, unter Nr.10 d, S.14 ff.

20) Weitere Fundstellen bei G ü n t e r , S.10 (Versprechenseid König Konrads II. (?) a.1095); S.13 (Versprechenseid an Papst und Römer: Formel Cencius II); S.16 (Eid Heinrichs V. a.1111); S.18 (Konstanzer Vertrag Friedrichs I. a.1153); S.24 (Versprechenseid Ottos IV. a.1201).

21) Reich an Papsturkunden sind etwa die Urkundenbücher von Freiburg, Salzburg, Straßburg, auch Monumenta Wittelsbachica.

in Übung blieben.²²⁾ Freilich können wir mangels schriftlicher Überlieferung keine durchgehende Linie aufzeigen. Hier ist uns aber ein deutlicher Fingerzeig, daß unmittelbar nach Einsetzen eines breiten Quellenstroms im 12. Jahrhundert sich sofort wieder Belegstellen finden. So erwähnt eine Urkunde Heinrichs des Löwen aus dem Jahre 1174 die alte fränkische Arglistklausel; Heinrich trifft eine Vereinbarung über die Vogtei Innichen mit dem Bischof von Freising; einige seiner Leute verpflichten sich für ihn als Bürgen: ²³⁾

"Preterea comes Henricus de Stoph et ministeriales.. data fide promiserunt et firmaverunt, quod hoc nos laudamentum, dum vixerimus, sine fraude et malo ingenio observabimus..."

Ebenso erscheint die Formel "sine malo ingenio" in einer Notitia des Klosters St.Emmeran in Regensburg anno 1186-90, in der ein Ministeriale des Klosters Geisenfeld sein Lehen und Eigen zu Lauterbach an St.Emmeran verpfändet.²⁴⁾ Heinrich der Löwe gelobt den Schiedsspruch Kaiser Friedrichs auf dem Reichstage zu Augsburg anno 1158 bezüglich Zollbrücke, Markt und Münze zu Föhring und München "sine dolo et malo ingenio" einzuhalten. ²⁵⁾

II. Zwischenzeitliche Einflüsse.

Aus dem aufgezeigten Quellenmaterial scheint mir deutlich genug hervorzugehen, daß die fränkischen Arglistklauseln in Deutschland auch in nachkarolingischer Zeit ständig in Gebrauch geblieben sind. Wir müssen uns aber jetzt mit einer Erscheinung auseinandersetzen, die entwicklungsgeschichtlich eine wichtige Ergänzung dieses Bildes bedeutet.

Bei Durchsicht mittelalterlicher Quellen stoßen wir nämlich einmal auf die altbekannte fränkische Formel "sine

22) Vgl. G i e r k e , Schuld und Haftung, S.192, 235 ff.

23) MG DD, Die Urkunden Heinrich des Löwen Nr.102.

24) W i t t m a n n , Die Traditionen des Hochstifts Regensburg und St.Emmeran Nr.988.

25) D i r r , Münchener Stadtrechtsbuch, Nr.1, S.4; bekanntlich hatte Heinrich die dem Bischof von Freising gehörende Brücke am Isarübergang der Salzstraße Salzburg-Augsburg bei Föhring gewaltsam aufgehoben. Dafür hatte er unweit dieser Stelle bei einer unbekannten Örtlichkeit namens München einen befestigten Platz mit Markteinrichtung angelegt und die Salzstraße hier über eine neue Isarbrücke geführt. Auf dem Reichstag zu Augsburg bestätigte der dem Welfenhaus damals noch wohl gesonnene Stauferkaiser die erzwungene Verlegung, dem Bischof blieb nur ein Anteil an den Einnahmen aus Zoll und Münze.

fraude et malo ingenio", andererseits erscheinen die Arglistklauseln aber auch in anderem Sprachgewand. Der oben zitierte Lehenseid aus Flandern enthält die Formel "fide bona et sine dolo", der Schwur Heinrichs in Augsburg "sine dolo et malo ingenio". In anderen Urkunden finden sich die Klauseln "sine dolo et fraude", "sine dolo et captione". Ein Wandel in der wortmäßigen Zusammensetzung der Klauseln gegenüber der Frankenzeit, der sich in Deutschland in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts gefestigt hat,²⁶⁾ ist unverkennbar. Denn im fränkischen Rechtskreis samt Baiern und Alemannien wurden jegliche Arglistvorstellungen durch "fraus" und "malum ingenium" ausgedrückt, "dolus" dagegen war entsprechend dem römisch-vulgarrechtlichen Sprachgebrauch fast vollkommen in den Hintergrund getreten. Von den aus fränkischer Zeit überlieferten Arglistklauseln tut nur jene sprachlich noch keineswegs gefestigte Klausel "absque ullo dolo malo vel fraudis ingenio" aus sehr früher Zeit des "dolus" Erwähnung, die in der Überlieferung des 8. und 9. Jahrhunderts herrschende und für die Folgezeit wohl maßgebliche Formulierung war "sine fraude et malo ingenio". Bezeichnenderweise bedienen sich noch die im vorigen Abschnitt angezogenen Königsversprechen samt und sonders dieser Formel. Wir dürfen es daher für unwahrscheinlich halten, daß die jetzt gegen Ende des Hochmittelalters auftauchenden "dolus"-Klauseln ²⁷⁾ Vorläufer auf fränkischem Gebiet hatten. Die Wandlung im Sprachgebrauch scheint vielmehr zwischenzeitlich eingetreten zu sein.

Entsprechend der allgemeinen Entwicklung liegt die Vermutung italienisch-römischen Einflusses am nächsten. Denn ein solcher Wandel weist auf Kenntnis der römischen Überlieferung hin, wie sie, anders als in Deutschland ²⁸⁾, in Italien nie ganz unterbrochen war.²⁹⁾ Hier hatte sich manche römische Rechtseinrichtung über die Jahrhunderte

26) Ein Überblick süddeutscher Quellen ergibt folgendes Bild: Regensburger UrkB (MB LIII, n.E. Bd.VII), Nr. 85 a.1255: bona fide sine omni dolo; Monumenta episc. wirzburgensis (MB XXXVII) Nr.CXCII a.1216: bona fide sine malo ingenio et dolo; schon a.1170 (Nr.CXIV): arte, dolo, vel aliquo malo ingenio; Salzburger UrkB, Bd.3, Nr.569 a.1203: sine omni dolo et circumventione; MonWittelsbachica, Bd.1, S.86 a.1244" sine dolo vel fraude; Straßburger UrkB, Bd.1, S.215 a.1243: sine dolo et sine fraude; schon vorher S.146 a.1220: bona fide dolo pariter et fraude qualibet semota; Authentica episc. pataviensis (MB XXIX Pars 2) Nr. XVIII a.1227: bona fide sine dolo et fraude; dazu noch die Kaiserurkunde a.1158 (oben S.59): sine dolo et malo ingenio.

27) Zur Formel "sine captione" vgl. unten Kap.7, Note 11.

28) Zur deutschen Rechtsprechung im Mittelalter und der Entstehung eines gelehrten Juristenstandes am Vorabend der Rezeption vgl. W i e a c k e r , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.55 ff.,78 f.

29) Zum Folgenden näher W i e a c k e r , S.24 f., 33 ff.

erhalten, und trotz des Niedergangs der oströmischen Rechtsschulen auf italienischem Boden im 6. Jahrhundert riß die Kenntnis des Iustinianischen Corpus Iuris nicht völlig ab. Vom Exarchat Ravenna aus erhielten sich lange Ausläufer des spätantiken Rechtsunterrichts. Nach der Jahrtausendwende erstarkten schließlich die alten Strömungen zu neuem Leben in den lombardischen Rechtsschulen, die endlich den Boden für die neue Wissenschaftlichkeit auf der Grundlage des Römischen Rechts bereiteten. Es war daher durchaus denkbar, daß sich die im römischen Recht der Spätzeit bezeugten "dolus"-Klauseln in Italien weitervererbt haben oder durch die neuerwachte Beschäftigung mit den römischen Quellen wiederentdeckt und neu geformt wurden. So wissen wir, daß der Richtereid auf der Grundlage der Novellen in den italienischen Rechtsschulen bearbeitet wurde.³⁰⁾ Die ebenfalls seit dem 11. Jahrhundert entstehenden Libri Feudorum zeigen enge römischrechtliche Anklänge, ³¹⁾ die Theorie der Leistungsstörungen, darunter auch die Doluslehre, war Gegenstand der Beschäftigung der Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten. ³²⁾

Das oberitalienische Quellenbild des 12. und 13. Jahrhunderts bestätigt die Vermutung jedoch nicht. Hier haben die Arglistklauseln durchweg die Fassung "bona fide sine fraude", der "dolus" kommt darin nicht vor.³³⁾ Sollte die

30) Hierzu S c h e y h i n g , Robert, Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, S.160 ff., 311 ff.

31) Karl L e h m a n n , Langobardisches Lehnrecht, S.78.

32) Vgl. D i l c h e r , Hermann, Die Theorie der Leistungsstörungen bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Frankfurt 1960, S.26 ff.

33) Zu den Amtseiden vgl. Luigi T r a t i , Statuti di Bologna, Bd.1, Liber primus anno 1245, S.6, 28, 31, 40, 61, 80, 85, 102, 103, 104, 106, 129, 139, 145, 146, 149, 159, 176, 214, 217, 221, 222, 223, 228; T a r l a z z i , Statuti de comune di Ravenna, Rubrica II, S.49, Rbr.CVII, S.216, Rubr. LXXXVI, S.210; die in Rubr. LXXXIII, S.209 (Ratseid) enthaltene Formel "omni fraude et dolo remotis" steht allein und kann wegen des späten Zeitpunkts (ca.1472) keinen Beweiswert beanspruchen; Francesco B o n a - i n i , Statuti inediti della Citta di Pisa, Breve Consulum Pisae Civitatis anno MCLXII, S.4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15; anno MCLXIV, S.25, 28, 29, 32, 40 usw.; dasselbe Bild für Eide des 13.Jhts. Zu Vertragseiden vgl. C h i a u d a n o , Notai liguri de sec. XII, Nr.68, 95, 146, 250, 445, 536, 585, 678; H a r t w i g , Quellen z. ältesten Geschichte von Florenz, Bd.2, S.75, Anm.2 (Vertrag anno 1184), S.154, Anm.1 (13.Jht.); A. P e t r u c c i , Notarii documenti, Nr.34 (a.1237), 42 (a.1266); besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem Südtiroler Notariatsgebrauch zu, der, sofern der Wandel im Sprachgebrauch von Italien ausgegangen wäre, eine beredte Brücke darstellen müßte. Auch hier aber nur "bona fide sine fraude" vgl. V o l t e l i n i , Hans, Forts.S.62.

sprachliche Wandlung von Italien ausgegangen sein, müßte das dortige Quellenbild für die Arglistklausel regelmäßig eine Verbindung mit "dolus" erkennen lassen. Italienische Übung scheint daher für den deutschen Sprachgebrauch nicht verantwortlich zu sein.

Gehen wir nunmehr einer Spur nach, auf die jener den süd-deutschen Quellen gegenüber zeitlich frühe flandrische Lehenseid aus dem Jahre 1127 deutet.³⁴⁾ Bei Durchsicht französischer Quellenmaterials ³⁵⁾ machten wir die überraschende Feststellung, daß neben Fundstellen für "cum fide sine inganno" (dem alten *malum ingenium*), "bona fide sine fraude" und ähnlichen Formeln ³⁶⁾ ein regelmäßiger Gebrauch von Arglistklauseln in Verbindung mit "sine dolo" nachweisbar ist. ³⁷⁾ Dieser Sprachgebrauch setzt bereits vor 1100 ein und ist das gesamte 12. Jahrhundert zu verzeichnen, während in den Dreißigerjahren des 13. Jahrhunderts die Arglistklauseln überhaupt spärlicher werden. Diese quellenmäßige eindeutige Priorität gegen-

Ports.v.Fußnote 33) S.61.

Südtiroler Notariatsimbreviaturen, Teil 2, a.1242, Nr.8, 47, 62, 111, 122, 133d, 158, 172, 222, 224, 323, 366, 437, 438, 439, 440, 455; anno 1272 Nr. 518; Franz H u t e r , Tiroler UrkB, 12.Jht., Nr. 329, 426, 448, 449, 459, 466, 484, 488; 13.Jht. Nr.1055, 1076, 1171, 1183, 1208, 1199; die gegenüber dieser stattlichen Zahl geringfügigen "dolus" - Klauseln Nr.1007 anno 1234: *sine aliquo fraude et dolo*, Nr.1131 anno 1241: *omnibus semotis difficultatibus seu captionibus*; Nr.1127 a.1241: *omni remota fraude et dolo* scheinen eher vom deutschen Sprachgebrauch beeinflußt. Zum Lehenseid vgl. die Formulierung der *Libri Feudorum* 2,V (ed. Karl L e h m a n n , Lango-bardisches Lehnrecht). Zum Vormundschaftseid vgl. R o b e r t i , *Un formulario inedito*, Nr.6 ff.

34) Abgedruckt S.57.

35) Herangezogen wurde die Sammlung *Layettes du Tresor, des Chartes*, Bd.1-4, Paris 1863..., ed. T o m e s p r e m i è r e et d e u x i è m e par M.Alexander T e u l e t , tome t r o i s i è m e par M.Joseph de L a b o r d e , tome q u a r t r i è m e par M.Elise B e r g e r .

36) vgl. bis 1200 *Layettes* Bd.1, Nr.24 a.1083, 56 a.1127, 59 a.1129, 82 a.1144, 86 a.1144, 107 a.1150, 139 a. 1157, 161 a.1159, 166 a.1161, 179 a.1163, 186 a.1165, 254 a.1174, 297 a.1179, 414 a.1193, 450 a.1196, 472 a.1197/8, 578 a.1200.

37) Vgl. *Layettes* Bd.1, Nr.29 a.1096: *sine aliqua fraude vel deceptio seu omni dolo*; Nr.69 a.1138: *bona fide sine dolo*; Nr.150 a.1150: *sine fraude et dolo*; 207 a.1167: *sine lucro et absque omni dolo*; 245 a.1173: *fideliter et sine dolo*; 417 a.1194: *fideliter et sine dolo*; 693 a.1203: *absque omni fraude et dolo et arte et malo ingenio, bona fide*; 722 a.1204: *bona fide et sine dolo*; 756 a.1204/5: sowie 807 a.1206: *sine omni dolo et sine omni fraude et sine omni retentione*; 1438 anno 1220/21: *absque omni exceptione et dolo malo*.

über der deutschen Übung macht es wahrscheinlich, daß von Frankreich aus die "dolus"-Wendungen in Deutschland Eingang fanden, zumal in der Schule von Chartres 38) ein Anstoß zur Neuerfassung des Inhalts des Treubegriffs, mit dem die Arglistklausel, wie dargelegt, in engster Beziehung steht, erfolgt war. 39) Das Aufkommen mehrfacher Lebensbindungen, die sog. Doppelvasallität, sowie die starke Verdinglichung des Lehensbandes, die Beschränkung der Treue auf das empfangene Lehen, 40) forderte eine Reaktion der Theorie, vor allem der Kirche, heraus, die sich gegen diese Entwertung des Treubegriffs richtete. Als erster versuchte Fulbert v. Chartres 41) in der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts mit scholastischer Denktechnik die präzise Formulierung des Inhalts der Treupflicht unter Heranziehung kirchlicher Autoritäten. Den Wandel im Sprachgebrauch, den wir verfolgen, können wir aber noch nicht aus dem entscheidenden Brief Fulberts an Herzog Wilhelm V. (den Großen) von Aquitanien aus dem Jahre 1020 ablesen, 42) der erstmals Fulberts Deutung der Treupflichten widerspiegelt, welche Deutung dann jahrhundertlang die Literatur bestimmte. 43) Doch löste seine Arbeit eine Welle wissenschaftlicher Tätigkeit aus,

38) Zur Schule von Chartres vgl. Clerval, *Les écoles de Chartres au moyen âge*, 1895.

39) Hierzu Mittteis, *Lehnrecht*, S.312; Grabmann, *Geschichte der scholastischen Methode*, Bd.2, S.407.

40) Mittteis, S.311.

41) Mittteis, S.312; Grabmann, Bd.1, S.215.

42) Die Rechtsbelehrung ist bei Mittteis, S.313, Anm.153 in extenso mitgeteilt. Hier genüge es, den entscheidenden Satz abzudrucken: "qui domino sui fidelitatem iurat, ista sex in memoria semper habere debet: incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile." Es folgen dann die Erläuterungen zu diesen sechs Elementen der Treue; hierbei erscheint der Begriff "dolus" jedoch nirgendwo.

43) Mittteis, S.312. U.a. fand die Fulbertsche Deutung Eingang in die *Libri Feudorum*; *Vulgata* 2, VI (bei Karl Lehmann, *Langobardisches Lehnrecht*, S.120) enthält wörtlich die Belehrung Fulberts. Wie lebendig seine Deutung in der Praxis weiterlebte, zeigt die interessante Urkunde aus dem Jahre 1220/21 (*Layettes du Tresor*, Bd.1, Nr.1438): *Nos itaque consules ... pro nobis et tota universitate Avinionensis civitatis vobis domino R. prefato ... bona fide, absque omni exceptione et dolo malo homagium sive hominium facientes fidelitatem et vitam et membra iuramus, illa sex que in sacramento fidelitatis continentur memorita habentes scilicet: incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile.*

die auch in die Praxis wirkte.44) Im Rahmen dieser Beschäftigung mag auch die Arglistklausel als Bestandteil des Treueids, vielleicht in direktem Anschluß an römisches Vorbild 45), neu im obigen Sinne gefaßt worden sein.

III. Weiterer Einfluß durch kanonisches Recht.

Noch eine weitere reichere Ausgestaltung des lateinischen Quellenbildes im 13. Jahrhundert bedarf der Besprechung. Die fränkischen Arglistklauseln hatten stets die Konstruktionsform "sine fraude...", also Präposition plus einfachem Ablativ. Sie sollten gegenwärtige wie künftige Arglist ausschließen. Arglistklauseln in Form von Partizipialkonstruktionen fanden wir dagegen im fränkischen Rechtskreis nicht. Lediglich in den *Formulae Visigothicae* taucht gelegentlich eine Klausel "vi doloque secluso" auf, 46) die gewisse Verwandtschaft mit den Seitelo besprochenen römischen Formeln aufweist und tatsächlich dem römischen Recht entlehnt scheint. 47)

Im Mittelalter stoßen wir nun auch in süddeutschen Quellen auf Dolusklauseln, die konstruktionsmäßig jenen römischen Formeln ähneln. Typisch hierfür ist etwa eine Urkundenklausel aus dem Jahre 1312: 48)

"hec omnia et singula nos ipsi duci pro nobis et ecclesia nostra promissimus et promittimus, quoad vixerimus, contra quemlibet, prout superius premittitur, fideliter observare, et ipse hec eadem pro se ad nostros et ecclesie nostre colonienses usus promisit vice versa in singulis suis articulis firmiter observare omni fraude et dolo in hoc exclusis." 49)

44) *M i t t e i s*, S.315.

45) Eine Kenntnis der römischen Praxis scheint gesichert; auffällig ist z.B. das Auftauchen der "vis", gelegentlich in Zusammenhang mit "dolus", wie dies im römischen Vulgarrecht häufig. Vgl. *Layettes* Nr.693 anno 1203 (*manumissio*): *absque omni fraude et dolo et absque ullo vi interveniente*; vgl. auch Nr.353 anno 1188/89.

46) *Formulae Visigothicae* (MG *Formulae*, ed. Karolus *Z e u m e r*, Bd.2, Nr.1, 6, 24, 33.

47) Näheres hierüber bei *F u h r*, *Zur Entstehung*, S.22 f.

48) *MonWittelbachica*, Bd.2, Nr.247; die Urkunde berichtet von einem Bündnis des Baiernherzogs Rudolf mit Erzbischof Heinrich von Köln.

49) Dieselbe Klausel auch in *MonWitt.*, Bd.1, S.199, 306; Bd.2, S.231, 232; *Straßburger UrkB*, Bd.1, S.219, 272, 280.

In abgewandelter Form begegnen die Klauseln "dolo et fraude penitus cessantibus", 50) "remoto omni malo ingenio", 51) "dolo et fraude exceptis", 52) "fraude et dolo circumscriptis", 53) "bona fide, dolo peniter et fraude qualibus semoto". 54) Streng grammatikalisch scheinen sich alle diese Formeln auf etwas Zurückliegendes zu beziehen, so daß man annehmen müßte, man wollte mit den Klauseln (lediglich) betonen, es habe bei Vertragsschluß keine Arglist vorgelegen. Das mittelalterliche Recht hat jedoch offenbar nicht so streng geschieden. Deutlich geht dies aus dem Gebrauch im Straßburger Recht hervor, wo der Klausel "dolo et fraude cessantibus" öfter ein erläuterndes "hinc et inde" hinzugefügt ist. 55) Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß sich die Arglistformeln auch dieser Gestalt mit auf die künftige Erfüllung der Vereinbarung beziehen, denn das Gefährde soll ab jetzt, also bereits bei Vertragsschluß ausgeschlossen sein. Eine Bestätigung unserer Ansicht bietet auch eine Urkunde Herzog Albrechts von Österreich anno 1290, die ein Streitbeilegungsangebot in zweisprachlicher Ausfertigung überliefert: 56)

"Nos etiam sinceri amici
sumus et erimus...Super
omnibus culpis discordia
inter nos durante com-
missis fraude qualibet
et dolo exclusis."

"wir sulen ouh gut vreunt
sein....umbe alle die
schulde die zwischen uns
in dem chrieg sint gewe-
sen ane alle argeliste."

Hinter "fraude qualibet et dolo exclusis" steht also wie hinter "sine qualibet dolo et fraude" die deutsche Arglistklausel. Damit geht aber aus der Konkordanz hervor, daß sich die lateinische Klausel wie die deutsche auch auf den künftigen Freundschaftsbund beziehen soll. Man unterschied eben noch nicht streng zwischen Arglist bei Vertragsschluß und Arglist anläßlich künftiger Erfüllungshandlungen. Jedoch dürfte der Schluß angesichts des nunmehrigen Auftauchens solcher Konstruktionen gerechtfertigt sein, daß man jetzt der Arglist bei Vertragsschluß größere Beachtung schenkte.

50) Straßburger UrkB, Bd.1, S.216, 249, 387, 392.

51) Peter A c h t , Die Traditionen des Klosters Tegernsee. Nr.369.

52) Straßburger UrkB, Bd.1, S.206.

53) Straßburger UrkB, Bd.1, Nr.597; Monumenta episc. wirzburgensis (MB XLII, Appendix XVII).

54) Straßburger UrkB, Bd.1, S.146,

55) Straßburger UrkB, Bd.1, S.387, Nr.508.

56) W i l h e l m , Corpus altdeutscher OriginalUrk., Bd.2, Nr.1197.

Interessant ist auch hier wieder die Frage nach der Quelle dieses Sprachgebrauchs. Ein Überblick der frühesten Süddeutschen Nachweise 57) zeigt, daß, abgesehen von der Verbindung mit "remota", die älteren Ursprungs ist, 58) etwa seit der Mitte des 13. Jahrhunderts eine reiche sprachliche Ausgestaltung dieser Formelgattung zu bemerken ist. Dabei fällt insbesondere das regelmäßige, zahlreiche und relativ frühe Vorkommen im westlichen Raum des untersuchten Gebiets auf. Besonders Straßburger und Würzburger Urkunden verzeichnen seit etwa 1240 einen regelmäßigen Gebrauch, der anscheinend auf das übrige Reichsgebiet ausstrahlte. So geht die erstmalige Verwendung der Formel im Freiburger Urk.B. anno 1275 auf elsässischen Einfluß zurück; 59) die erste Regensburger urkundliche Erwähnung anno 1300 betrifft eine pfälzische Sicherheitsgarantie für Regensburger Kaufleute; 60) die erste bairische Herzogsurkunde, die anno 1264 die besprochene Formel enthält, betrifft ein Bündnis mit dem Mainzer Bischof. 61) Bei aller Zurückhaltung, die der Deutung des Quellenbildes auferlegt werden muß, bietet sich damit doch die Vermutung an, den Ursprung jener Formelgattung in der Rhein-Main-Gegend zu suchen. Dies wiederum könnte auf erneuten französischen Einfluß hinweisen. 62) Da andererseits die

-
- 57) Regensburger UrkB (MB LIII) Nr.198 a.1300; Nr.203 a.1301; Freiburger UrkB., Nr.283 a.1275; Monumenta wirzburgensis (MB Bd.XXXVII) Nr.CCLXIV a.1240; Tiroler UrkB., Nr.1127 a.1241; Mon.Wittelsb., Bd.1, S.199 a.1264; Straßburger UrkB., Bd.1, S.146 a.1220; authentica episc. pataviensis (MB Bd.XXIX, Pars 1) Nr.XXIV a.1240.
- 58) Schon in den Kaiserurkunden des 10. und 11. Jahrhunderts findet sich regelmäßig die Wendung "contradicente remota"; vgl. MB, Diplomata Imperatorum (Bd.XXIX, Teil 1), Nr.CCCXXIII a.1025; CCCXXVI a.1025; CCCXLV a.1059; CCCC I a.1061; die Verbindung von "remota" mit einem Arglistausdruck tritt in Deutschland dagegen erst um 1200 (vgl. Note 51) erstmals auf, während sie in französischen Urkunden ebenfalls um diese Zeit begegnet (Layettes du Tresor, Bd.1, Nr.374 a.1190: bona fide et omnidolo et calliditate explosa).
- 59) Siehe Note 57.
- 60) Siehe Note 57.
- 61) Siehe Note 57.
- 62) Daß Rechtseinrichtungen und -gewohnheiten den Weg von Frankreich über das Rheintal nach Deutschland nahmen, wurde in der Literatur schon wiederholt festgestellt. Z.E. ist nach H.E. F e i n e , Kirchliche Rechtsgeschichte, Bd.1, S.370 ff., das bischöfliche Offizialat zuerst in Frankreich (Reims) im letzten Viertel des 12.Jhts. bekannt und verbreitet sich von dort aus nach Deutschland; um 1250 ist es fast allen rheinischen Diözesen bekannt. Nach Otto P. C l a v a - d e t s c h e r , Der Verzicht (renuntiatio) auf Exzeptionen, S.365 ff., 383 ff., läßt sich an Hand

Formeln hauptsächlich in den Bischofstädten auftreten und durch ihre Konstruktion und auch durch die gebrauchten Wörter (interveniente - circumscriptione - cessante) an römisches Vorbild gemahnen, liegt die Vermutung römischen Einflusses über das kanonische Recht nahe. 63)

Forts.von Fußnote 62) S.66.

bündnerischer Urkunden der MAs zeigen, daß die Renuntiationsformeln in die bündnerischen Gebiete nördlich der Alpen nicht über den Alpenkamm aus Italien kamen, sondern ihren Weg von Italien über Südfrankreich und West- bzw. Süddeutschland nahmen.

- 63) In diesem Zusammenhang ist auf die Arbeit von Hans S c h l o s s e r , Die Rechts- und Einredeverzichtsforneln (renuntiationes) der Deutschen Urkunden des Mittelalters, S.51 ff.zu verweisen. Für die mit unserer Formel in Beziehung stehende exceptio doli (mali) stellt S c h l o s s e r fest, daß der entscheidende Impuls für ihren etwa seit dem Beginn der 2. Hälfte des 13.Jhts. in Übung kommenden Gebrauch vom kanonischen Recht ausgegangen ist. Zum kanonischen Einfluß auf die exceptio doli vgl. noch R e n n e f a h r t , Zum Urkundenwesen im heute bernischen Gebiet und dessen Nachbarschaft, in: Archiv des historischen Vereins des Kanton Bern, Bd.XLIV, 1958, S.91.

Abschnitt 3: Die deutsche Formel "ane gevaerde".

Kapitel 7: Die allgemeine Entwicklung.

I. Die Identität von "ane gevaerde" und "sine dolo et fraude" etc.

Seit der 2.Hälfte des 13.Jahrhunderts findet die deutsche Sprache, wenn auch zunächst zögernd, in den Quellen unmittelbar Anwendung. Es ist die Zeit des großen kulturellen Aufschwungs, der die höheren Schichten des Volkes, vorab Rittertum und Bürgertum, erfaßt, die Zeit der Heliendichtung und des Minnesangs. Diesem Zug der Anwendung der Volkssprache auch bei schriftlicher Aufzeichnung tragen bald auch die Rechtsdenkmäler des 13.Jahrhunderts Rechnung. Allmählich wird die deutsche Sprache immer mehr im Rechts- und Geschäftsverkehr verwandt. 1/2)

Auch die Formel "ane gevaerde" läßt nicht lange auf sich warten. Schon in einer der ersten deutschsprachigen Urkunden der bairischen Herzogskanzlei finden sich die Formeln "an gevaer" und "an gevaerd und an all ubel liste" nebeneinander verwandt. 3) In den folgenden Jahren tauchen regelmäßig "an gevarde", "an allez underlaz und auch an gevarde" usw. auf. Im Straßburger und Freiburger Recht begegnen die Formeln schon in den frühesten deutschsprachigen Urkunden (ab 1261). 4) Die etwas späteren Bezeugungen in den Urkunden der bairischen Bischofstädte 5) scheinen auf den hier später einsetzenden Gebrauch der deutschen Sprache zurückzugehen.

- 1) Eine Zusammenstellung der deutschsprachigen Urkunden des 13.Jahrhunderts findet sich bei W i l h e l m , Corpus der altdeutschen Originalurkunden, 5 Bde., Lahr. 1932.
- 2) Die Entwicklung zu gewohnheitsmäßiger und überwiegender Anwendung der deutschen Sprache vollzieht sich regional verschieden, teils schneller, teils langsamer; am frühesten im deutschen Süden, langsamer in Mitteldeutschland; die Hansestädte verkehren noch im letzten Viertel des 14.Jhts. untereinander lateinisch. Erschwerend und verlangsamend für den Durchbruch war die Besorgnis vermindelter Rechtssicherheit deutsch abgefaßter Schriftstücke. Daher hat sich ihre Anwendung in den eigentlichen Geschäftsurkunden langsamer durchgesetzt als in den übrigen Rechtsquellen; vgl. B r e s s l a u , Urkundenlehre, Bd.2, Teil 1, Kap.15.
- 3) Monumenta Wittelsb., Bd.1, Nr.103 a.1272.
- 4) Für Freiburg a.1263 (Freib.UrkB. Nr.194).
- 5) Regensburger UrkB. (MB Bd.LIIII), Nr.161 a.1293; Würzburg (MB Bd.LXXXVIII), Nr.LXXXV a.1296; Salzburger UrkB., Bd.4, Nr.136 a.1286; Monumenta episc. Patavien-sis (MB XXIX, Pars 2) Nr.CXL a.1281.

Es besteht kein Zweifel, daß "ane gevaerd" eine Entsprechung der in den lateinischen Quellen gefundenen Arglistklauseln darstellt. Nicht nur wird dies bewiesen durch eine Anzahl von Konkordanzurkunden, die glücklicherweise in zweisprachiger Ausfertigung erhalten sind.⁶⁾ Auch ohne diesen Umstand müßte man aufgrund der typischen Stellung der Formeln in Versprechen zum selben Ergebnis kommen.

Allerdings bedarf dieses Ergebnis einer Einschränkung. Neben "ane gevaerde" begegnet öfter auch "ane arge liste" bzw. "ane ubel liste"; "gevaerd" und einer der beiden letzteren Ausdrücke können sich wechselseitig ersetzen und stehen in unregelmäßiger Folge für-einander.⁷⁾ In bairischen Urkunden treffen wir zeitlich sogar zunächst auf "an ubel liste",⁸⁾ ehe dann gegen Ende des Jahrhunderts "an gevaer" in den Vordergrund tritt und in den folgenden Jahrhunderten ein erdrückendes Übergewicht bildet.⁹⁾ Dieses bairische Quellenbild wird andererseits vom Straßburger Recht nicht bestätigt; hier geht die starke Tradition der lateinischen Arglistklauseln ungebrochen in "ane gefährde" über. Dies läßt wohl den generalisierenden Schluß zu, daß - wenn auch mit lokalen Unterschieden - "ane gefährde" zur Zeit des Sprachwechsels ein eingeführter Rechtsterminus war.

Für die vorhergehende Zeit dagegen können wir die gleiche Aussage nicht mit gleicher Bestimmtheit machen, da nur ein deutschsprachiges Quellenmaterial aus diesen Jahrhunderten Aufschluß geben könnte, das leider fehlt. Als einziges Positivum können wir anführen, daß, wie schon B r u n n e r¹⁰⁾ bemerkt hat, im Althochdeutschen zur Bezeichnung der bösen Absicht das Wurzelwort von "gefährde", nämlich "fara" ¹¹⁾, "farida" benutzt wurde. Dies kön-

6) Vgl. die in Kap.1, S.4 f. zitierte Quelle sowie bei W i l h e l m , Corpus, Bd.2, Nr.1603, S.740.

7) Vgl. die Taidigungsabkommen Herzog Albrechts oben Kap. 1, S.4 f. sowie die Quelle Kap.6, S.65.

8) Monumenta Wittelsb., Bd.1, Nr.59; Nr.140.

9) Vgl. etwa Mon.Witt., Bd.1, Nr.159, 167, 168, 175, 177, 184, 186, Bd.2, Nr.187, 189, 195, 196, 197, 212, 217 usw.

10) Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.1, S.211; Bd.2, S.715; ebenso G r i m m , Wörterbuch, unter "gefar", "gefährde"; ders., Rechtsaltertümer, Bd.2, S.177.

11) Seit dem 12.Jahrhundert tauchen in den Urkunden die Formeln "sine vara", "exclusa omni vara", "sine captione, quod vulgo vare dicitur" und ähnliche auf. Letzteres "vara", "vare" ist mit "gevaer" verwandt, nämlich eine (teilweise latinisierte) Weiterentwicklung des ahd. "fara" (vgl. H a l t a u s , Glossarium, Spalte 435 ff.; ferner die Arbeit von S i e g e l , Die Gefahr vor Gericht, Wien 1863, S.2), das zu einem prozeßrechtlichen Ausdruck wurde. Bis zum 14.Jht. herrschte nach S i e g e l der Formalismus vor Gericht in ungeahntem Maß. "Schon die bloße Gegenwart vor Gericht

nen wir als Indiz werten, daß sich bereits hinter den lateinischen Arglistklauseln der fränkischen Epoche ein Etymon der Gefährdeklausel verbirgt. Hiergegen ist freilich wieder ins Feld zu führen, das damals bevorzugte "sine malo ingenio" würde in wörtlicher Übersetzung dem "arge liste" besser entsprechen; möglicherweise erklärt sich seine Verwendung gerade hieraus. An Hand unseres Quellenmaterials kann nicht in dem einem oder anderen Sinn entschieden werden. Die größte Wahrscheinlichkeit dürfte auch hier wieder die Meinung für sich haben, die einen Wechsel von "gefährde" und "arge liste" annimmt.

II. Die weitere Entwicklung bis zum Ende des 15. Jahrhunderts.

In den Quellen des 14. und 15. Jhts. vermehren sich die Fundstellen für "an gefährd" wesentlich. Das ist nur zum Teil auf die umfangreichere schriftliche Überlieferung zurückzuführen. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Formel ist unübersehbar. Die Anwendung von "ane gevaerde" beschränkt sich nun nicht mehr bloß auf Versprechenseide, sondern dringt auf alle Gebiete der Rechtsordnung vor. Alles Handeln, sei es schuldrechtlicher, prozessualer oder strafrechtlicher Art wird unter das Ge-

Forts.von Fußnote 11) S.69.

schloß...eine Gefahr in sich, wie technisch das Walten des strengen Rechts sowohl in seinen Anforderungen als auch in den Folgen seiner Verletzung genannt wird" (S i e g e l , S.1). Diesen verfänglichen Formalismus, der schon den Zeitgenossen als eine übertriebene, maßlose Herrschaft des Äußeren, als ränkevoller, schikanöser Vorgang erschien, kennzeichnet das Wort "vare". Seit dem 12.Jht. suchte man sich vor den Nachteilen der Gefahr zu schützen, indem man sich für künftige Prozesse eine Freiheit von der Gefahr erteilen ließ (S i e g e l , S.31). Das Privileg, nicht der gerichtlichen Gefahr unterworfen zu sein, wurde mit der Formel "sine vara (vare)" umschrieben. Zuständig für die Erteilung waren ursprünglich König und Fürsten, im Laufe der Zeit unterlag die Erteilung der Privatdisposition (vgl. die zahlreichen Beispiele im Würzburger Recht im Index unter vara, MB Bd LV; zur Bedeutung noch C o r d e s , Handwörterbuch, Bd. Spalte 652 unter "vare").

Die gemeinsame Wurzel und der gleiche Wortgehalt von "vara" und "gefaerd" sind noch darin erkennbar, daß die Quellen dieselben lateinischen Umschreibungen für sie verwenden (vgl. "omni fraude, dolo et vara postpositis" im Würzburger Judenprivileg anno 1282 MB Bd.XXXVII, Nr. CDXLVI). Aus diesem Austausch heraus ist es zu verstehen, daß der primär der "vare" zugeordnete Ausdruck der "captio" = Verhänglichkeit, Fessel, Hinterhalt gelegentlich auch in den von uns untersuchten Arglistklauseln auftaucht (vgl. oben S.60). Im übrigen kommen Überschneidungen der deutschen Formeln kaum vor. Zweifelhaft sind die Stellen MB XXXVII, Nr.CCCLXXXV a.1272; CDLXVII a.1283; CDLXXV a.1284.

fährdeverbot gestellt. 12)

"ane gefaerde" scheint dabei immer mehr von einem insbesondere das heimliche, arglistige Verhalten kennzeichnenden Rechtswort zu einer Bezeichnung des Unredlichen schlechthin geworden zu sein. Machen wir uns zunächst die ursprüngliche Bedeutung klar an Hand einiger Beispiele: Im Jahre 1266 hatte Herzog Ludwig von Baiern das Kloster Fürstenfeld gestiftet und es mit Gütern und Privilegien reich ausgestattet. Im aufstrebenden München sollte der dem Kloster gehörende St. Bernhardshof von allen Abgaben an die Stadt befreit sein. Rat und Gemeinde anerkannten das Privileg, jedoch mit folgender Einschränkung: 13)

"...(wir) ledig sagen aller steur und vordrung...mit solicher beschaidenheit, das si und ir nachkommen den hof und hofmarckt wol pawen mugen, dem kloster ze nutz und frum wie sie wellen, der stat an geverd und an schaden."

Aus der Benutzung des Privilegs soll der Münchener Stadt also kein Schaden erwachsen; der Nachteil, der der Stadt aus der Benutzung des Privilegs als solchem entsteht, kann dabei nicht gemeint sein. Die Stadtväter müssen an einem weitergehenden Schaden gedacht haben, der aus einer mißbräuchlichen Ausnutzung des Privilegs entstehen könnte. Hierbei war vor allem heimliche Schadenszufügung ins Auge gefaßt, wie sich aus der Urkunde selbst ergibt:

"... und sulen in demselben hof nicht schencken... noch kaynen gast umb pfenning empfaen noch haymen... und sulen auch kaynen wirt darinn haben, der geschafft habe mit kauffen noch verkauffen mit gevarde."

Die dem Bernhardshof auferlegten Auflagen sind nur schwer nachkontrollierbar. Unter der Hand ist schnell ein Geschäft abgeschlossen, ohne daß die Stadt eine Unterbindungsmöglichkeit hätte. Deshalb eigens die Einschränkung "an geverd". Dieselbe Bedeutung hat die Klausel in dem von Herzog Ludwig mit der Stadt Augsburg geschlossenen Schutzbündnis anno 1292. Nachdem in der Urkunde herausgestellt ist, daß sich das Bündnis gegen jedermann, auch gegen die mit dem Herzog in Zwist lebenden Vettern richtet, bestimmt der Vertrag: 14)

"Sie (die Augsburger) sulen auch den vorgeanten unsern Vetern noch sinen brudern noch deheimen dem ir helfen oder chauf geben, der mit gevarde waere auf unsern schaden."

Der Herzog mochte begründete Befürchtung haben, daß die ihm von den Augsburgern im Ernstfall zu gewährende Waffenhilfe durch wirtschaftliche Geschäfte, die das Potential des Gegners stärken mußten, ausgehöhlt wurde. Da er wußte, wie schwer Kaufleuten, die die Augsburger waren, eine solche Enthaltksamkeit fallen mußte, wie sie mit viel Schlaueit und List eine Umgehung des Vertrags erstreben

12) Im übrigen sei eine Pauschalverweisung auf Kap.8 gestattet.

13) D i r r , Münchner Stadtrechtbuch, S.38 f.

14) MonWittelsb., Bd.1, S.464 f.

würden, verpflichtet er sie durch eine Gefährdeklausel. Damit ist klaggestellt, daß auch jede heimliche wirtschaftliche Verbindung mit dem Feind gegen den Schutzvertrag verstößt.

Die Bedeutung von "gefaerde" wird besonders deutlich, wenn wir die häufige Zusammenstellung mit "argelist" in den Quellen verfolgen: 1293 setzten die Herzöge Ludwig und Otto zum Austrag ihrer Streitigkeiten ein Schiedsgericht ein. Die dem Bischof Heinrich von Regensburg beigegebenen Richter schwören 15) "daz si weder durch lieb oder durch lait, noch durch vorchten an gevaerde und an alle ubel liste dem vorgeanten bischof beholfen sin, die vorgeanten sache ze verrihten mit reht oder mit minne..." Wir können hier "an gevaerde" am besten durch Unparteilichkeit wiedergeben. Die beigegebenen Richter sind nämlich Vertrauensleute der Streitparteien. Sie haben ihren Herren Treue geschworen. Infolge dieser engen Bindung könnten sie leicht voreingenommen sein. Zur Findung eines gerechten Urteils muß aber gerade Engagement für die eigene Partei wider besseres Wissen vermieden werden. Deshalb müssen die Richter allem Gefährde abschwören.

Die eben aufgezeigte Bedeutung von "gevaerd" ist am Beginn der deutschsprachigen Urkundenwelle besonders häufig, findet sich aber auch noch im Spätmittelalter. Daneben aber tritt allmählich eine Veränderung ein, in deren Verlauf "gefaerd" das einengende Element der "Hinterlist" abstreift. Die Veränderung ist mehr intuitiv als rational faßbar; es drängt sich jedoch der Eindruck auf, als werde "gefaerd" plötzlich zu einem Oberbegriff, der das unredliche, ungetreue Verhalten überhaupt erfassen möchte. Ausgelöst wurde anscheinend dieser Wandel der Wortbedeutung durch die immer häufiger werdende Verbindung von "an gevaerde" und "getreulich", "mit guten treuen" usw. 16) In zahlreichen Versprechen treten diese Doppelausdrücke entgegen. Hier eine Bestätigungsurkunde Ludwigs des V. (des Brandenburgers) anno 1349: 17)

"...(wir haben) geheizzen bei unsern genaden, das wir dieselben brief und hantfest und alle ander vorgescriben stücke, als si die inne habent und von wort ze wort gescriben sint, ewiclich und getriwlich ane allerlay geverde staet, gantz und unzerbrochen halten wellen."

Durch die Verbindung mit "getreulich" wird "ane geverde"

15) MonWittelsb., Bd.2, S.1 ff.

16) Die Entsprechung "bona fide et sine dolo" begegnet bereits in den lateinisch abgefaßten Urkunden, z.B. Regensburger UrkB. (MB, Bd.LIIII, Nr.85): bona fide et sine omni dolo; Monumenta episc. wirzburgensis (MB, Bd.XXXVII, Nr.CXCII): bona fide sine malo ingenio et dolo; Salzburger UrkB., Bd.3, Nr.621: bona fide et sine dolo et sine exceptione; Diplomata Imperatorum (MB XXX Nr.DCCLVI), Straßburger UrkB., Bd.1, S.146, MonWittelb., Bd.1, S.12: bona fide et sine fraude.

17) D i r r , Münchner Stadtrechtbuch, S.173.

gleichsam verdeutlicht und positiviert. G r i m m 18) umschreibt daher "an gefährde" mit "echt", "aufrichtig", "wahr", "getreu". Diese Bedeutung nimmt "an gefaerd" schließlich auch dann an, wenn es nicht im Doppelausdruck mit "getreulich" erscheint. Zu dem Bedeutungswandel mag auch beigetragen haben, daß "gefährd" auf strafrechtlichem Gebiet unter Loslösung vom Arglisttatbestand als Kennzeichnung des subjektiven Elementes stärker in den Vordergrund tritt (vgl. hierzu unten S.93ff. Dieser Abstrahierungsvorgang hat möglicherweise ebenfalls auf den zivilrechtlichen Sprachgebrauch zurückgewirkt.

18) Siehe oben S.6 Note 10.

Kapitel 8: Die Verbreitung der Gefährdeklausel im Spätmittelalter im einzelnen.

I. "ane gefährde" als eine die schuldrechtlichen Beziehungen beherrschende Klausel.

Auf schuldrechtlichem Gebiet wird die Gefährdeklausel vor allem weiterhin im Schuldversprechen gebraucht; ja, der weite Anwendungsbereich auf diesem Gebiet wird nun erst richtig faßbar. Die für die Frankenzeit zum Treugelöbniß erarbeiteten Ergebnisse werden nunmehr bestätigt, die Verbindung mit ihm aber gesprengt. Die Gefährdeklausel wird in großem Umfang im Rahmen von Versprechen zu einer Leistung, einem bestimmten Verhalten verwendet.

Zunächst sind wieder die Fälle von Verträgen zu erwähnen, die eine enge Treubindung implizieren. 1) So erscheint die Formel beim Abschluß von Beistands- und Schutzbündnissen der Fürsten und Städte, 2) gelegentlich verbunden mit der Beilegung alter Streitigkeiten, 3) wie z.B. in einem Vertrag Erzbischof Engelberts v.Köln mit Herzog Ludwig v.Baiern a.1262: 4)

"...constare volumus universis, quod super multis et antiquis questionibus inter nos et predecessores ex una parte et ac ipsum et suos progenitores ex altera per arbitros sedandis, et in quos hinc inde promissimus, secundum quod in scriptis inde confectis plenius continetur, in hanc convenimus amicitie unionem, videlicet quod eidem pro tempore vite nostre, cum ab eo vel suis procuratoribus requisiti fuerimus, auxilio, consilio et favore contra quamlibet personam...Et cum personaliter convenimus, secundum quod inter nos per nostros consiliarios est conductum, corporale mutuo prestabimus iuramentum super predictis omnibus sine dolo et captione fideliter obseruandis."

Besonders häufig treffen wir die Gefährdeklausel bei Bürgschaftserklärungen aller Art. 5) Eng verwandt sind hiermit die das ganze Mittelalter hindurch auftauchenden bindenden Bereiterklärungen zu einer Schiedung, 6) Vergleichs-

-
- 1) Vgl. die Ausführungen für die Frankenzeit oben S.51 f.
 - 2) Vgl. Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.4: Schutz- und Trutzbündnis zwischen dem Baiernherzog Ludwig und Kaiser Otto a.1212.
 - 3) Vgl. Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.77, 110.
 - 4) Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.77.
 - 5) Wir finden Bürgschaften um Schuld, für Leistung, Sühne, Freilassungen usw. Zur Bürgschaft vgl. Ekkehard K a u f m a n n , Die Bürgschaft im Recht des Ingelheimer Oberhofes, in: ZRG, germ.Abt., Bd.74, 1957, S.198 ff.; H ü b n e r , Deutsches Privatrecht, §§ 69, 71.
 - 6) Mon.Witt., Bd.1, Nr.58; 85.

und Urteilserfüllungsgelübde, 7) bei denen meist dem andern Teil zugleich die Treue versichert wird. In diesen Vertragsformularen hat sich die alte Tradition des Treugelübdes, wie wir es schon aus dem Merowingervertrag aus dem Jahre 587 kennen, erhalten. 8) Wiederum können wir auf M i t t e i s 9) verweisen, der zur großen Bedeutung der lehnsrechtlichen Begründungsakte (homagium - Treueid) feststellt, daß sie auch außerhalb des Lehnsrechtes bis ins hohe Mittelalter hinein anderweitige Funktionen übernommen hätten. Auch der Treueid sei in einer Fülle von Anwendungsformen nachweisbar. M i t t e i s verweist insbesondere auf die zahllosen Sicherheitseide, Bürgereide, Krönungseide. Somit bestätigt sich die Behauptung, die Verwendung der Arglistklausel in schuldrechtlichen Gelöbnissen sei ursprünglich auf die in den angezogenen Vertragstypen zum Ausdruck kommenden engen Treubindung der Parteien zurückzuführen.

Den ursprünglichen Verwendungsgrund der Klauseln verlor man aber mit der Zeit aus den Augen. Schon im 13. Jahrhundert begegnen Gefährdeklauseln auch in den Geschäften des täglichen Lebens, bei Kaufverträgen und ähnlichem. 10) Im 14. Jahrhundert mehren sich die Belege. Insbesondere F u h r 11) hat hier wertvolles Material gesammelt. Wir können hierzu auf die Urkunden verweisen, in denen die Landesherrschaft verspricht, die den Landständen, Städten usw. gewährten Rechte, Freiheiten und Steuerbefreiungen zu beachten; z.B. überlassen 1307 die Herzöge Rudolf und Ludwig von Baiern den Landständen zu Ingolstadt und München das Münzrecht gegen Entrichtung einer allgemeinen Steuer. Am Schlusse der Urkunde, in der ausdrücklich von einer Treubindung nicht mehr die Rede ist, geben die Herzöge die Versicherung ab: 12)

"Daz auch daz alles, als vor schriben ist, staet be-
leib die zeit und diweil und wir leben oder unser
eint wedder lebet, daz haben wir gehaizzen und ge-
lobt fur uns, fur unser erben und fur alle laeut,
daz wir in daz alles staet behalten an gevaerd alle
unser lebtage mit guten triwen dez haben wir gesworn
und wellen daz auch gern staet haben."

Die Sitte, Verträge mittels eines eine Gefährdeklausel enthaltenden Eids zu bekräftigen, erhält sich auch in

7) Mon.Witt., Bd.1, Nr.58; 83.

8) Siehe oben S.18.

9) Lehnrecht und Staatsgewalt, S.482 ff., 487 f.; der dort in Note 98 abgedruckte Sicherheitsvertrag enthält bezeichnenderweise ebenfalls eine Arglistklausel.

10) Vgl. Straßburger Urkb., Bd.1, Nr.334, betreffend die Vereinbarung eines Veräußerungsverbots; Mon.Witt., Bd.1, Nr.103 a.1272, betreffend die Vereinbarung einer Burgüberlassung; dazu Straßburger Urkb., Bd.1, Nr.597: Kauf eines Hofes durch einen Straßburger Bürger.

11) Zur Entstehung, S.142 ff.

12) D i r r , Stadtrechtbuch, S.61 ff.

den folgenden Jahrhunderten, 13) wofür eine bairische Urkunde von ca. 1400 Beleg ist: 14)

"Und daz haben wir an einander gelobt und versprochen bay unsern furstlichen eren und trewen an ains gesworn aydes stat, all vorenant stukch und artikel gen einander stät ze halten und ze volfürn trewlich und schlechtlich an all geuard und argliste."

Als Endpunkt der Entwicklung können wir somit festhalten. Im Spätmittelalter befreit sich die Gefährdeklausel immer mehr aus der näheren Umgebung des Treugelöbnisses. Nicht mehr die angestrebte enge Treubindung der Vertragsparteien ist Ursache des Gebrauchs der Gefährdeklausel, sie wird vielmehr zu einem allgemeinen vertragsrechtlichen Begriff.

Es ist jetzt die Frage zu klären, ob der Gefährdeklausel immer noch wie in der Frankenzeit konstitutive Bedeutung zukommt. Eine unbefangene Betrachtung der Quellen wird dies für das spätmittelalterliche Vertragsversprechen verneinen. F u h r 15) hat anlässlich der Besprechung einiger Urteile des Ingelheimer Oberhofes bereits auf die Tatsache hingewiesen; man müsse davon ausgehen, daß in Deutschland allmählich eine Rechtsüberzeugung vordrang, nach der sich niemand auf arglistig errungene Rechtspositionen berufen durfte; nur so lasse sich erklären, warum der Oberhof bei Tatbeständen, die arglistiges Verhalten nahelegten, auf die Arglist bei seiner Entscheidung abstellte. "Auch wenn nicht ein Vertrag vorlag, der "ane argeliste unde geverde" abgeschlossen worden war fügte die Partei bei Leistung ihres Eides ihrer Rechtsbehauptung die Arglistklausel bei, um darzutun, daß sie "ane argeliste unde geverde" gehandelt habe. Dem kann jedoch nur dann eine Bedeutung beigemessen werden, wenn das Gericht vom Gegner behauptete Arglist bei seiner Entscheidung berücksichtigte."

Mein Quellenstudium bestätigt diese aus Gerichtsurteilen gezogenen Schlußfolgerungen. So ist einmal auf den schon im 13. Jht. stark anschwellenden Gebrauch der Gefährdeklausel hinzuweisen, der routinemäßig anmutende Züge trägt. Als Beispiel sei hier ein immer wiederkehrender Abschnitt in Schutzbündnissen der Stadt Straßburg um die Mitte des 13. Jhts. angeführt: 15a)

"wir han gelobt, das wir... (es folgen die eingegangenen Verpflichtungen), dasselbe hant si (die Bündnispartner) uns dawider gelobt. were aber das wir dierre sicherheit unde dierre gelubede abegiengen, wir soltin in zi soltschatze schuldic sin zwei tusend marke silbers unde dazu meineide sin und truwelos. unde dasselbe hant si uns dawider gelobt. unde

13) G i e r k e , Schuld und Haftung, S.192 ff.

14) Mon.Witt., Bd.2, S.323.

15) Zur Entstehung, S.145, 154, 167 f. F u h r datiert die Gewohnheitsrechtsbildung in die Zeit um 1400.

15a) Vgl. die Straßburger Verträge im UrkB., Bd.1, Nr.475 476, 478, 480, 496, 497, 504, 505, 512, 517.

sol dis sin ane allerschlahte geverde."

Doch wäre es übereilt, schon hieraus allein eine bereits fortgeschrittene Verflachung der Bedeutung der Formeln abzuleiten. Denn der Einwand, der verbreitete Anwendungsbereich sei nicht Wirkung eines vorher gebildeten Gewohnheitsrechts, sondern erst Ursache für dessen spätere Bildung, läßt sich bei isolierter Betrachtung nicht widerlegen. In beiden Ansichten wird wohl ein wahrer Kern stecken, insofern die verbreiterte Anwendung örtlich verschieden einmal Ursache, einmal Wirkung der Gewohnheitsrechtsbildung darstellen wird.

Schwerer wiegt dagegen folgende Beobachtung. In allen bisher erwähnten Fällen war die Gefährdeklausel immer Inhalt des Satzes, der zusammenfassend die Einhaltung der übernommenen Pflichten (eidlich) versichert nach dem Muster "ego promitto omnia supradicta....sine dolo vel fraude facere".¹⁶⁾ Jetzt begegnen in zunehmendem Maße Verträge, bei denen die Gefährdeklausel an einer beliebigen Stelle des aus mehreren Einzelabmachungen bestehenden Vertrags gebraucht wird. Sie bezieht sich nunmehr dem äußeren Bild nach nur auf diesen einen Satz, während alle anderen Abmachungen nicht von ihr gedeckt werden. Augenscheinlich wird diese veränderte Stellung der Klausel schon in einem Vertrag zwischen dem Baiernherzog Ludwig und Bischof Konrad von Regensburg anno 1213, der zur Demonstration gut geeignet ist, weil er in einzelne Paragraphen aufgeteilt ist: ¹⁷⁾

"Haec est forma compositionis facta inter dominum Conradum ratisponensem episcopum et dominum Ludwicum ducem Bauarie.

1. Dux recepit medietatem castri Chufstaine ab ecclesia ratisponensi in feudo et reliquam medietatem debet acquirere a nativitate domini proxime preterita infra annum sine malo ingenio.....
2.
-
9. Item uterque cum homine iuri suo attinente, sicut voluerit, libere disponat. Si vero alterum ad hoc habuerit necessarium, quaestum cum eo aequaliter diuidat et cum illo procedat secundum sui concilii moderationem sine malo ingenio.
10.(es folgen 14 weitere Paragraphen).

In diesem Vertrag sind also nur noch zwei von insgesamt 24 Einzelabmachungen unter eine Gefährdeklausel gestellt. Die anderen Punkte der Vereinbarung werden durch die beiden Klauseln nicht betroffen. Derartig gestaltete Vertragstexte häufen sich im Spätmittelalter. "ane gevaerde" taucht nun irgendwo im paraphierten Text auf, meist am Ende eines Satzes, aber auch nur einem Nebensatz angehörend. Schließlich begegnen nach einer starken Periode in der 2.Hälfte

16) Vgl. etwa den Friedensvertrag der Straßburger Bürger mit dem Bischof a.1263 (Straßburger UrkB., Bd.1, Nr.519).

17) Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.5.

des 14. Jahrhunderts im 15. Jahrhundert wieder häufiger Verträge, die keine Klausel mehr enthalten.

Dieses Schweigen der Quellen scheint mir beredt. Der angeführte Vertrag mag zwar noch am Beginn der Entwicklung stehen. Das Quellenbild des späten 14. und des 15. Jahrhunderts läßt sich dann aber nur so erklären, daß sich allmählich durch immer häufigeren Gebrauch eine Rechtsüberzeugung gebildet hat, nach der Gefährde bei Vertragsabschluß und -erfüllung auch dann als gegen den Vertrag verstoßendes Unrecht angesehen wurde, wenn die Parteien in ihre Abmachungen keine umfassende Gefährdeklausel aufgenommen hatten. Das Fehlen der Klausel in einem gewichtigen Prozentsatz von Verträgen kann nicht mit bloßem Vergeben oder gläubigerischer Unachtsamkeit erklärt werden. Es ist schwer vorstellbar, daß die Vertragsparteien bei Abschluß des Vertrags eine bei Unterstellung gegenteiliger Ansicht so wichtige Klausel nicht in das Haftungsge- schäft aufgenommen hätten, wenn der Klausel immer noch konstitutive Bedeutung zugekommen wäre.

Bestärkt wird die Annahme einer allmählich zur Gewohnheit erstarkten Übung durch das zunehmende Auftauchen der Formeln "bona fide", "fideliter", in deutschsprachigen Quellen mit "treulich", "mit guten Treuen" wiedergegeben, welche Treuklausel wir aus dem römischen Rechtsgebrauch kennen,¹⁸⁾ die sich aber in Versprechen der Frankenzeit kaum findet. Als Beispiel sei ein Sühneerfüllungsvertrag zwischen der Stadt Straßburg und Friedrich von Dahn a. 1262 zitiert: 19)

"Nos Fridericus...volumus esse notum, quod super dampnis hinc inde illatis per dominum Rudolfum de Batzen-
dorf inter nos et ipsos est compositio ordinata.
quam inviolabiliter bona fide servare promittimus..."
"bona fide" nimmt hier die Stelle von "sine fraude et dolo" ein, und in der Tat drücken ja, wie wir bereits herausstellten,²⁰⁾ die beiden Formeln in zunehmendem Maße dasselbe aus. Wie bei jener steht auch bei dieser die Leistungspflicht unter dem Treuegesichtspunkt. Beide Klauseln sind daher im Zusammenhang zu sehen. Die Treuklausel deutete darauf hin, daß man während des Mittelalters zu einer schärferen Beurteilung der Vertragsbindungen gekommen war, sie kündigt von einem zunehmenden Gespür für außerhalb des formellen Wortlauts der Verträge liegende Pflichten. Dieses Überdenken der Vertragspflichten aus dem Gesichtswinkel der "bona fides" hat sicher zu einer Verwurzelung der in der Gefährdeklausel liegenden Grundsätze im Volksbewußtsein beigetragen.

Selbstverständlich hat sich die Gewohnheitsrechtsbildung nicht von heute auf morgen vollzogen. Aus den angezogenen Beispielen ist ersichtlich, daß die ersten Anzeichen schon in der Zeit der lateinisch geschriebenen Quellen, also noch im 13. Jht. zu finden sind. Seitdem ist ein

18) Siehe oben S. 8ff.

19) Straßburger UrkB., Bd. 1, Nr. 511.

20) Vgl. S. 72.

ständiges Vordringen der Grundsätze zu bemerken, ohne daß es freilich zu einer gesetzlichen Regelung des Problems kam.²¹⁾ Im Einzelfall mag es daher immer wieder Rückschläge gegeben haben. Insgesamt aber können wir feststellen, daß bereits vor der Rezeption in Deutschland ein Gewohnheitsrecht existierte, das gefährliches Verhalten bei Vertragsabschluß und Erfüllung als Unrecht deklarierete.

II. Die Gefährdeformel in den Treueiden.

Das Mittelalter ist geradezu von einer Eidesinflation gekennzeichnet. Nahezu bei allen für den Sozial- und Verwaltungsaufbau wichtigen Rechtsverhältnissen treten Eide auf.²²⁾ Wir sprachen schon von den Treueiden des Lehnverhältnisses, die während des ganzen Mittelalters in Übung blieben.²³⁾ Ferner sind zu nennen die Eide der Ministerialen und Dienstmannen sowie des aufkommenden Beamtentums, der Richter und Schöffen, schließlich die verschiedenen städtischen Eide: Bürger-, Rats- und Zunftaide.

In diesen Eiden hatte auch die Formel "ane gevaerde" ihren Platz.²⁴⁾ Zwar nicht immer; es sind auch Eide überliefert, die keine Gefährdeklausel enthalten. Nichtsdestoweniger ist die weite Verbreitung der Formel gesichert. Dies soll zunächst ein Blick auf lokaler süddeutscher Ebene zeigen. Schon im Mainzer Landfrieden von 1235 heißt es in der Bestimmung über den Amtseid des Hofrichters:²⁵⁾

-
- 21) Die verschiedenen Rechtsspiegel enthalten noch keine Regelung der Arglist; vgl. F u h r , Zur Entstehung, S.169; S c h l o s s e r , Die Rechts- und Einredeverzichtsförmeln, S.54.
- 22) Vgl. S c h e y h i n g , Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, S.127 ff.
- 23) Formell blieb das Reich noch bis 1806 Lehensreich. Die letzten Reste landesherrschaftlichen Lehnswesens fielen erst 1918; in Bayern wurden die Privatlehen 1806 beseitigt; vgl. M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.188, 214.
- 24) Daneben findet sich gelegentlich "an argelist" verwendet; doch sind die Fundstellen minimal. Als Beispiel sei die Hofordnung der Herzöge Otto, Ludwig und Stephan anno 1294 angeführt (Mon.Wittelsb., Bd.2, Nr.198): "Wir wellen auch, daz die amptleut, hofmaister, chambermaister, marschalch, chelner, spiser, chuchenmaister, sweren bi ir aide, daz si di vögenanten saetze umb daz hof gesinde staet und unzerbrochen haben und daz si mit guten fliz an alle ubelliste ir macht gaentzlich darzu tun, daz dieselben saetze behalten werden".
- 25) Z e u m e r , Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung, Teil 1, Nr.58, Fassung B, Art. 28 = W i l h e l m , Corpus altdeutscher OrgUrk., Bd.1, S.8.

"Et idem iurabit, quod nihil accipiet pro iudicio, quod nec amore nec odio nec prece nec pretio nec timore nec gracia nec alia quacumque causa iudicabit aliter, quam iustum sciat vel credat secundum conscientiam suam bona fide sine omni fraude et dolo".

In Heilbronn bestimmt die Regimentsordnung Karls IV. von 1371:26) "Und swenne si also gewelt werden, so sullent denne die burgermeister, der rat und die richter zu den heiligen sweren gerechte eide mit uffgeboten vingern zu richten und zu raten dem armen als dem reichen an alles gewerde". Nach der Münchner Kaiserbilderhandschrift aus der 2.Hälfte des 14.Jahrhunderts 27) soll der "rat ynderr und aezzer rat swern ze raten unserm herrn dem herzogen zu seinen rechten und der stat arm und reichen zu iren rechten daz trewist und daz pest, daz sy chunnen, an ge-vaerd, und auz dem rat nicht sagen, davon schad chom". Ähnlich lautet der Ratseid in Straubing aus dem letzten Drittel des 15.Jahrhunderts:28)

"Nachdem wir zu einem innern rate auf das künftig jar furgenomen und erwelet sein, also sweren wir unser gnedigen herschaft zu iren rechten, des geleichs gemainer stat auch zu iren rechten und freihaiten: daz wir gemainer stat nutz und frommen alzeit betrachten und furdern und iren schaden wenten wellen nach unserm vermugen und verstantnus..., treulich an alles gevärd". Der Amtseid des Richters im kaiserlichen Landgericht der ehemaligen Grafschaft Hirschberg lautet sinngemäß:29)

"Zum ersten soll ein Landrichter schwören, daß er das Landgericht halte bei allen Rechten und guten Gewohnheiten nach allem seinem Vermögen. Darnach wenn er zu den Rechten sitzt und den Stab in der Hand hält, daß er dann ein gleicher Richter sei und ungefährlich richte dem Armen als dem Reichen". Der Hofrichter beim kaiserlichen Hofgericht in Rottweil schwört um 1435 ebenfalls,30) das Hofgericht zu halten wie es von alters hergekommen und privilegiert ist und zu richten ungefährlich dem Armen als dem Reichen".

An erschöpfende Aufzählung ist nicht gedacht. Diese Beispiele mögen genügen, um die örtliche Verbreitung der Gefährdeklauseil aufzuzeigen. Zugleich ist damit die institutionelle Streuung angedeutet. Hier noch einige Ergänzungen. Starke Anklänge an den ordentlichen Richter-eid zeigen die mannigfachen Schiedsrichtereide bei privater Schlichtung, z.B. sollen nach Münchner Stadtrecht 31)

26) E.K u p f e r , Urkundenbuch der Stadt Heilbronn, Bd.1, Nr.287.

27) D i r r , Münchner Stadtrechtsbuch, Kaiserbilderhandschrift, c.245; Schwurformel ebenda S.576 ff.

28) K e u t g e n , Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, Berlin 1901, S.232, Nr.172.

29) Zitiert nach S c h e y h i n g , Eide, Amtsgewalt, Bannleihe, S.175.

30) Zitiert nach S c h e y h i n g , a.a.O.

31) D i r r , Stadtrechtsbuch, Versiegeltes Buch, c.186.

die erwählten Richter schwören "pey den heiligen, daz si nach ir paider (der Streitparteien) furgab umb den chriech mit ein ander berichten an als gevaerd". In diesen Zusammenhang gehören auch die Eide, welche die zur Überwachung der Einhaltung von Landfrieden eingesetzten Ausschüsse zu leisten haben. Das gängige Formular für derlei Eide lautet:32) "die vorgenannten Vierzehn und der Hauptmann sollen auch schwören zu den Heiligen, den Frieden recht zu richten und zu beschirmen ohne Gefährde"; "sollen die Achte und der Obmann zu den Heiligen schwören, den Landfrieden recht zu richten und zu beschirmen den Armen und den Reichen... ohne Arglist und Gefährde, niemanden zu Lieb noch zu Leid". Hinzugefügt sei noch eine bairische Quelle des 14.Jhts., die als Verbreitungsquelle ersten Ranges gelten muß. Im Eingang des Oberbairischen Landrechts gebietet Kaiser Ludwig der Baier "bei seinen Hulden" allen Richtern und Amtleuten im Land, daß sie dieselben Rechte also behalten bei ihrem Eide, den sie ihm oder seinem Vizetum darum geschworen haben, wonach sie von Wort zu Wort und Stück zu Stück Armen und Reichen ungefährdlich richten sollen. 33)

Als repräsentative Quelle für diverse städtische Eide sei schließlich das Münchner Stadtrecht herangezogen.34) Die Schwurformel der Ratsherren ist bereits begegnet.35) Sie enthält neben dem für die damalige Zeit charakteristischen Doppelversprechen der Wahrung der Rechte des Stadtherrn und der Bürgerschaft die Formel "an gevaerd". Auch die einzelnen Stadtbediensteten leisten Eide:36) die Kämmerer, die Kornmesser, die Zöllner, der Sieger:37) "daz wir der stat insigel besorgen und handln treulich und an allez gevaerd". In gleicher Weise pflegte man die einzelnen Gewerbetreibenden zu vereidigen, um sie zu redlichen Handel anzuhalten.38) Aus dem

32) Vgl. bei S c h e y h i n g , a.a.O.

33) Das Rechtsbuch Ludwig des Baiern, hrsg.v. F r e y - b e r g , Sammlung historischer Schriften und Urkunden, Bd.4, Teil 3, Stuttgart 1834.

34) D i r r , Münchner Stadtrechtsbuch, S.576; siehe dazu auch K o l l e r , Der Eid im Münchner Stadtrecht, 1953 München.

35) Siehe S. 80.

36) D i r r , Stadtrechtsbuch, Kaiserbilderhandschrift, c.247, 248, 249.

37) D i r r , Stadtrechtsbuch, Amtseide, S.576 ff.,Nr.10.

38) D i r r , a.a.O. Auf einen Eid der Wirte weist Satzungsbuch A, c.68 (= Liber Rufus, c.336) hin: Überschenke. ez sol nieman hie schenche, niur er gebe den ratgeben sein triw, daz er deheinen wein mische und daz er von einem zapfen schenche, in dem haus und draus... an gevaerde".

14. Jahrhundert sind Eidesformeln für die Mangmaister, den Pistor (Bäcker), die Carnifices (Fleischer), den Amer (Eicher), die Leinweber, Kramer usw. erhalten. Sie alle müssen versprechen, "die Satzung einzuhalten, arm und reich, Bürger und Gäste nach alter Gewohnheit treulich und an alles gevaerd zu bedienen."

Auch hier geht die bereits von Fuhr 39) aufgeworfene Frage dahin, welche Bedeutung der Gefährdeklausel in all diesen Eiden zukommt. F u h r argumentiert folgendermaßen: Mit dem Amtseid 40) übernehme der Schwörende die Amtspflichten. Vergehen gegen diese galten als Bruch des Eides. Für die Frage, ob eine Verletzung des Amtseides vorlag, sei die im Eid übernommene Verpflichtung maßgebend gewesen. Somit könne die Ausgestaltung der Eidesformel nicht als zufällig abgetan werden, vielmehr wurde eine nach dem ethischen Empfinden verwerfliche Arglisthandlung (erst) durch die Aufnahme der Arglistklausel in den Eid zu einem Verstoß gegen die Amtspflichten. Diese Ausführungen sollen anscheinend noch für das 15. Jahrhundert gelten, da F u h r ihnen den Richtereid der Kammergerichtsordnung von 1471 zugrunde legt.

Dieser sehr späten Eindatierung vermag ich nicht zu folgen. Wie schon in der fränkischen Epoche ist auch hier für den mittelalterlichen Treueid die zweifache Bedeutung der Gefährdeklausel zu beachten. Soweit der Treueid einen Unterfall des allgemeinen Schuldversprechens darstellt, teilt die Klausel die rechtliche Beurteilung, die wir hierfür im vorgehenden Abschnitt aufstellten. 41)

Als Aufhellung des mittelalterlichen Amtsethos kommt der Formel dagegen wie in der Frankenzeit 42) nur erläuternde, nicht Pflichten begründende Funktion zu. Denn schon längst hatten sich entsprechende Gewohnheitsrechtsgrundsätze gebildet. Dies ergibt sich aus der Entwicklung des mittelalterlichen Amterwesens, das im Lehnrecht seinen Ausgangspunkt nimmt. Nach S c h e y h i n g 43) kennt das deutsche Recht des Hochmittelalters nach vorausgegangenem, kaum spürbarer Ausbildung eines Beamtentums im karolingischen Staat wohl den Begriff des "Amtes" 44) als einen mehr oder weniger genau umschriebenen Kreis öffentlicher Aufgaben, aber nicht den Begriff des "Beamten". 45) Das Amt versieht vielmehr meist ein Vasall oder Ministeriale, der bereits durch Lehen oder Dienstrecht an den Amtsherrn gebunden ist. Die Amtspflicht wird regelmäßig

39) Zur Entstehung S.147.

40) Zum selben Ergebnis kommt Fuhr für den Bürgereid S.149 ff.

41) Vgl. oben S.76 ff.

42) Vgl. oben S.21 ff.

43) Eide, Amtsgewalt und Bannleihe, Kap.III, S.113 ff.

44) "Amt" aufgefaßt als Auftrag des Herrschers, Ernennung mittels Urkunde, freie Versetzbarkeit, Absetzbarkeit, befristete Amtsdauer.

45) S c h e y h i n g , S.115.

von der Treupflicht mit umfaßt. Nur wo die Treupflicht nicht auf vasallitische oder ministeriale Bindungen gestützt werden kann, wie bei den Beamten bürgerlicher oder bäuerlicher Herkunft, wird die Treupflicht aus der Übertragung des Amtes abgeleitet und wohl nach dem Vorbild ersterer eidlich bekräftigt.⁴⁶⁾ Schon hieraus können wir ableiten, daß damit die Formel "ane gevaerde" auch in die besprochenen diversen Amtseide gekommen ist. Sicher wurde dabei die Treueverpflichtung nach dem Vorbild des Vasallen- oder Dienstverhältnisses auf das Beamtenverhältnis mitübernommen. Die Tendenz zum Aufbau eines ordentlichen Beamtentums vollzieht sich seit dem 13. Jht. in verstärktem Maße, sowohl in der Territorial- wie in der Zentralgewalt. Auch das städtische Ämterwesen kann auf diese Linie gebracht werden,⁴⁷⁾ da sich auch hier Übergangsstufen zwischen herrschaftlicher und genossenschaftlicher Auffassung nachweisen lassen. Noch im Spätmittelalter zeigen die Ratseide im süddeutschen Raum ein Nebeneinander von Pflichten gegenüber dem Stadtherrn und der Stadt, wobei die Eide nichts anderes besagen wollen, als daß das besondere Recht der Stadt neben den Rechten des Stadtherrn zu beachten ist.⁴⁸⁾ Nun weist zwar Sch e y h i n g ⁴⁹⁾ auf die Eigenständigkeit der Formulierung vieler Amtseide der Städte gegenüber den dienstrechtlichen und genossenschaftlichen Treueiden hin. Dies entnimmt er einer vergleichenden Überschau der Eidesformulare, wonach sich die städtischen weitgehend in der Aufzählung reiner Amtspflichten erschöpfen, ohne eine Treupflicht zu enthalten. Doch beziehen sich diese Ausführungen auf das späte Mittelalter. Sie besagen nichts über jene Stufe des Übergangs, als die Beamteneide in Anlehnung an die lehensrechtlichen Treueide allmählich entstanden. Aus dieser Zeit vasallitischer Amtsführung und -verwaltung muß sich ein Amtsethos erhalten haben, mit welchem sich "gefährliches" Verhalten nicht vertrug.⁵⁰⁾ Auch S c h e y h i n g , ⁵¹⁾ kommt in einer gesonderten Untersuchung zum Richtereid zum Ergebnis, es ließe sich im Mittelalter bereits von typischen Richterpflichten sprechen, die überzeitlichen Charakter trü-

46) S c h e y h i n g , S.120.

47) S c h e y h i n g , S.135.

48) S c h e y h i n g , S.139, betont aber, daß im Spätmittelalter die Stadtherrschaft trotz dieser Eidesformel geringe Bedeutung hatte. Hierzu auch E b e l , Der Bürgereid, S.70 ff.; über die Doppelversprechen berichtet bereits H.H. E b e r l e , Das Ratskollegium in den Städten bis zum Zeitalter der Zunftkämpfe, 1914, § 15.

49) S c h e y h i n g , S.142.

50) Vgl. in diesem Zusammenhang die Stelle bei H a l t - a u s , Glossarium, Spalte 435, aus dem alamannischen Lehnrecht: "Was der Mann mit seinem Lehn tut gen dem Herrn, das Geferde heißet, damit hat der Mann das Lehn verworht gegen sinem Herrn".

51) S c h e y h i n g , S.120.

gen und deren Geltung nicht vom Zufall der Aufnahme in den Amtseid abhängen.

III. Die Klausel als Einschärfung gefährdefreier Pflichterfüllung, besonders in der Gesetzgebung.

Wir sprachen bisher immer nur davon, daß die Formel "ane gevaerde" in eidlichen und uneidlichen Versprechen aller Art gebraucht wurde. Immer war es der schwörende Schuldner, der Schiedsrichter, der Lehensmann, der übernommene Pflichten "an gefährd" zu erfüllen versprach. Auch wenn ein Vertrag beschworen wurde, beteuerte jede Partei für sich die Einhaltung der ihr durch den Vertrag auferlegten Pflichten.

Nun wird diese Begrenzung auf den Schuldner gesprengt. Im Spätmittelalter finden sich immer mehr Quellen, in denen einem meist von Gesetzes wegen Verpflichteten eingeschärft wird, seinen Pflichten "ane gevaerde" nachzukommen. Ganz vereinzelt begegnet diese Erscheinung bereits in fränkischen Quellen, wenn z.B. Karl der Große in einem Kapitular seinen Missi den besonderen Schutz der Kirche, Witwen und Waisen anbefiehlt: 52)

Wir ermahnen euch, "ut iustitias ecclesiarum, viduarum ... sine ullo malo ingenio et sine ullo iniusto pretio vel sine ulla dilatione....faciatis".

Solche Fundstellen sind jedoch selten.⁵³⁾ Erst gegen Ende des 13. Jahrhunderts zeigt sich die Erscheinung öfter. Im Testament von 1276 bedenkt Baiernherzog Ludwig das Kloster Fürstenfeld und andere, die er zu seinen Lebzeiten geschädigt hat, mit Vermächtnissen. Seinen Erben legt er ans Herz: 54)

"statuimus etiam firmiter ordinantes, ut pueri nostri seu alii heredes castra, videlicet Mura, Donersberch, Triugesheim et Giern apud illos, quos respiciebant, resumtis et repetitis omnibus, que ad dictorum castorum acquisitionem dinoscimur inpendisse, et generaliter de omni actioni, que mouebatur contra ipsos, universis conquerentibus, amoris et iustitie plenitudinem, sine dolo et captione qualibet exhibebunt."

Anlässlich der Gewährung einer Braugenehmigung an die Münchner Bürger sorgt Herzog Stephan II. für seine Erben: 55)

52) Cap. a missis dominicis ad comites directa a.801 - 813 (Capitularia, Bd.1, S.186, c.2).

53) So zeigen die zahlreichen Königsurkunden seit der Merowingerzeit bis ins Hochmittelalter, meist befehlender Art, kaum derartige Fundstellen.

54) Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.125.

55) D i r r , Stadtrechtsbuch, S.556 ff.

"Sunderlich ist beredt und getaydingt, ob wir nicht mehr sein solten,die vorgenanten prewn (sollen) die obgenanten fümzigk pfunt pfening iaerlichen raichen und antwurten, als iren rechten eribherrn una alz sy daz billeich und durch rech tun süllen, treilichen an allez gevaerd und arigliste".

Häufig werden Taidigungsvorschläge von den Schiedsrichtern im Anordnungston gemacht; sie erklären, zur Beendigung des Streits habe die Streitpartei das Urteil "ane gefaerde" zu erfüllen.

Besonders die Sprache der Obrigkeit bedient sich der Formel. Aus dem reichen Material sei eine Instruktion Kaiser Ludwigs an Vizetume und Richter in Baiern erwähnt, näher bezeichneten Pflichten "treweleich an alles gevaerd" nachzukommen,⁵⁶) eine Münzordnung von 1391 bestimmt, die "ordnung tun getrewlich angeuard".⁵⁷) Daneben begegnet die Formel bald in der Gesetzgebung. Schon Ende des 13. Jhts. finden wir "ane gevaerd" im Rudolfinum,⁵⁸) der Stadtrechtsverleihung Herzog Rudolfs an München.⁵⁹) In größerem Umfang benutzen dann die verschiedenen Münchner Stadtrechte des 14. Jhts. die Formel. Z.B. heißt es im ältesten Münchner Satzungsbuch aus dem Jahre 1310: 60)

"und swenne der man umb diu stiur angeschriben wirt, so sol er verstiuren als sein gut an gevaerde, daz er dez selben tages hat. und ob er danach sein gut verliuset, darumb sol doch diu stat, arme und reiche, wíitiben und waisen, ir stiur niht vliessen."

Jeder Bürger soll also sein Gut entsprechend dem Stichtagsumfang versteuern. Weil aber Vermögensverschleierungen aus naheliegenden Gründen zu erwarten waren, versucht es die Satzung mit der Einschärfung "an gevaerde".

Die Beispiele derartigen Gebrauchs der Formel ließen sich für das 14. u. 15. Jht. beliebig vermehren. Die Formel findet sich meist dann, wenn "gefährliches" Verhalten besonders naheliegt. Schließlich geht aber der formelhafte Ge-

56) MonWittelsb., Bd.2, Nr.303, c.6.

57) MonWittelsb., Bd.2, Nr.371.

58) MonWittelsb., Bd.2, Nr.197 = D i r r , S.44 ff., c.18, 19, 20.

59) Schon vor der sog. Ottonischen Handfeste von 1311, die allen bairischen Städten gewisse Freiheiten einräumte, hatten die bairischen Herzöge einen Teil der ihnen zustehenden Gerichtsbarkeiten an Städte, z.B. Landshut, Ingolstadt, Regensburg, München überlassen; vgl. H a e u t l e , Einige altbairische Stadtrechte, S.1 ff. Die Herzöge ihrerseits verpflichteten sich durch Gelöbnis zur Beachtung der Privilegien, z.B. in der Stadtrechtsverleihung an Neustadt/Donau a. 1273 (bei Haeutle, Teil 2, S.41): "und also bestätigen wir auch den obgeschriben brief, freyhait und guett gewonhait wissentlichen in kraft ditz unnser briefs. Also das wir sy und all ir Nachkomen dabej... belassen wellen..., Threulichen Jhn alls geuerde."

60) D i r r , Stadtrechtsbuch, Satzungsbuch B c.281.

brauch so weit, daß in manchen Urkunden hinter jedem Satz eine Gefährdeklausel erscheint.⁶¹⁾ Dem Adressaten, sei er Privatschuldner oder Untertan, wird mit der Formel eindringlich eingeschärft, seinen Verpflichtungen auch wirklich, ohne Manipulationen und unlauteren Ausflüchten, nachzukommen. Besonders Gesetzesumgehungen sollen unterbunden werden: ⁶²⁾

"Swer deheinen verborgen harnasch oder gespitzt in swert oder mezzert treit bei naht oder bi tag, der geit dem rihter 1 lb...Treit aber ein man ein langes messer an gevaerde, der dez satze niht envais oder vergessen hat, und tut ez von im, als er dez satzes innen wirt, der verliuset darumb niht."

Dazu folgende Stelle: ⁶³⁾

"Ez soll chain hantwerchsman daz werck...nicht tewe versetzen noch verschumern nicht anders dann umb als vil als sein lon ist, dez er dannoch nicht hat ein genomen. Und swer daz ubervert, oder sust paitt auf chain sogetan werck, der hat sein gelt auf dem selben pfant verloren, er mache dann war, daz er darumb nicht gewest hab, angevaerd".

Wer ohne Gefährde dem gesetzlichen Verbot zuwiderhandelt, kann sich frei schwören. Insofern haben wir hier erste Ansätze einer Irrtumsberücksichtigung vor uns. ⁶⁴⁾

IV. Die Klausel auf prozessualen Gebiet.

Hier ist zunächst auf das bereits aus fränkischer Zeit bekannte Institut des Voreids einzugehen, der in bairischen Quellen während des gesamten Spätmittelalters zu verfolgen ist.⁶⁵⁾ Kein Ausdruck der Rechtssprache wäre besser geeignet, den mit dem Voreid verfolgten Zweck ⁶⁶⁾ zu erreichen, könnte trefflicher das charakterisieren, was den Kläger gerade nicht zur Klagerhebung verleiten soll, als "ane gevaerde", das im Laufe des Spätmittelalters immer mehr zu einem Sammelbegriff des allgemein Unredlichen wird. Betrachten wir eine Stelle des Nürnberger Rechtes.⁶⁷⁾ Der soll Kläger soll "behaben mit seinem aide, daz er im niht mit mutwille und in (den Beklagten)

61) D i r r , S.604, Münchner Verfassungsgrundgesetz, a.1403.

62) D i r r , Satzungsbuch A c.23.

63) D i r r , Versiegeltes Buch, c.348.

64) Zum Irrtum vgl. H i s Rudolf, Strafrecht im Mittelalter, Teil 1, S.85.

65) Erste Erwähnung a.1205 anlässlich einer Streitbeilegung zwischen Bischof Konrad von Regensburg und Baiernherzog Ludwig (Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.2, c.11); ebenso im erweiterten Vertrag beider Streitteile a.1213 (Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.12, c.20).

66) Hierüber siehe oben S.37 ff.

67) Zitiert nach L o e n i n g , Der Reinigungseid, S.306.

durch kainer rachsäl noch vientschaft anspreche ane allez geverde und daz er wenn, daz er zu der sache recht habe." Der Kläger hat mit seinem Eide zunächst einzelne mögliche Motive der Klagerhebung wie Feindschaft, Mutwillen, Rache auszuschließen und schließlich in einer Zusammenfassung gleichsam "ane allez geverde" zu versichern. Der Kläger habe keine aus irgendwelchen Bosheiten geborenen Absichten, sondern glaube (wenn = wähen), daß in der Streitangelegenheit das Recht auf seiner Seite stehe. Ähnlich in einem Basler Stadtfrieden des 14.Jhts.: 68) "wa dehein burger geziget wirt von jeman, der dar über swert ane geverde und man nit für basser ervaren mag, der gat mit sim eide da vone". Leistet der Kläger bei Klagerhebung lediglich einen Voreid, ohne sonstige bessere Beweise anzubieten, kann der Beklagte mittels einfachem Reinigungseid seine Unschuld beweisen. 69)

Der Voreid ist nun ein Beleg für die These, "ane gevaerde" habe erst im Laufe des Spätmittelalters seine überragende Bedeutung auf allen Gebieten des Rechts erlangt, während vorher andere Ausdrücke, vorab "ane argeliste", bevorzugt worden waren. Wir berührten schon die einzelnen überlieferten Voreidsformulare der Frankenzeit. 70) Wohl finden wir dort das langobardische "asto animo", auch "fraus", "dolus" und "malitia" gebraucht. Eine typische durchgehende Formel aber hatte sich noch nicht gebildet. Die charakteristische Wendung mit "sine" fehlt. Im Mittelalter tritt nun diese Konstruktionsform bereits entgegen, doch zunächst meist im Zusammenhang mit anderen Ausdrücken. Während die ältesten Belegstellen des Eides über seine wortmäßige Zusammensetzung nichts aussagen, 71) heißt es im Landfrieden von 1244 anläßlich der Regelung bei Verletzung der Aufsaagefrist: 72)

68) Zitiert nach L o e n i n g , Reinigungseid, S.304, Anm.2.

69) Zweifelhaft ist dagegen eine Bestimmung in der Handfeste Albrechts II. anno 1340 für Wien (T o m a s c h e k , Rechtsquellen für Wien, S.105, Art.5): "ob sich der chlager erfuer, daz er auf einen unschuldigen hiet geschlagt, der sol selbdrither einen aid swern, ee daz der bechlagt in die aeht chome, daz er den ersten aid und auch die chlag an allez geverd hab getan, und da mit sulen sie baldenthalben dem richter nictes sein verfallen, und daz haben wir darumb aufgesetzt, daz man auf nieman danne auf den rechtsschuldigen chlag". Nachdem sich die Klage als unhaltbar erwiesen, muß sich der Kläger seinerseits vom Verdacht "gefährlicher" Klagerhebung reinigen. Damit ist der zweite Eid Reinigungseid; als Voreid bezeichnet ihn dagegen L o e n i n g , Reinigungseid, S.306, Anm.13; für nachträglich wiederholten Voreid sind M a y e r - H o m b e r g , Beweis und Wahrscheinlichkeit, S.92, R u t h , Zeugen und Eidhelfer, S.214, Anm.2.

70) Vgl. die Zusammenstellung oben S.40.

71) Der Eid wird als "sacramentum calumnie" bezeichnet; vgl. Note 65.

72) Mon.Wittelsb., Bd.1, Nr.36; zum Begriff des Aufsaagegebots vgl. F e h r , Hans, ZRG, germ.Abt., Bd.35,

"si quis spoliauerit aliquem sine diffidatione, quod dicitur widersagen, et cum tribus testibus sibi adiunctis non poterit expurgare, manu mutiletur et dampnum triplo restituat, et qui impetit eum, debet iuramento probare, 73) quod non in vanum, hoc est mutwillen impetit eum".

Ebenso wird im Landfrieden von 1255 c.65, 74) 1281 c. 62 75) und von 1300 c.81 76) in wörtlicher Wiederholung stets von "mutwillen" gesprochen. Selbst noch im Münchner Stadtrecht von 1340, dem Versiegelten Buch, heißt es bei der Diebstahlsklage: 77) "und sol dem richter heimleich den diep nennen, ob er in wais, und sol darnach sweren, daz er ez anders nicht wizz". Diese Stelle scheint mir besonders beweiskräftig, da gerade im Münchner Recht "ane gevaerde" zu dieser Zeit bereits ein gängiger Ausdruck war. Einen Voreid beim Anefang finden wir im Landfrieden von 1255 c.48: 78) "BI swem ein man sin gute vindet, daz im gestolen ist, er sol dez swern, daz er in nenne an ubel liste, und sol den, der daz gut floren hat, hintze sinem geweren furn an schaden und her wider." Dieselbe Stelle im lateinischen Landfrieden von 1244 79) gebrauchte "sine dolo".

Besonders anschaulich ist die besprochene Entwicklung beim Recht, Inquisition verlangen zu dürfen. Hier bestimmt der Landfrieden von 1244: 80) "Item quicumque uult ius

Forts.von Fußnote 72) S.87.

S.140 ff., 170, 194.

- 73) Der Ausdruck "probare" ist eine unexakte Terminologie, die nicht über den Charakter des Voreids hinwegtäuschen darf. Der Voreid ist kein klägerischer Beweis. Auch mit Eidhelfern geschworen, erschwert er dem Beklagten lediglich die Reinigung. Erst wenn sich der Beklagte nicht reinigen kann oder will, führt dieses Unterlassen zur Verurteilung; vgl. L o e n i n g , Reinigungseid, S.306; M a y e r - H o m b e r g , Beweis und Wahrscheinlichkeit, S.92; zum selben Problem im Passauer Stadtrecht vgl. M a i d h o f , Passauer Stadtrecht, S.10.
- 74) Mon.Witt., Bd.1, Nr.59.
- 75) Mon.Witt., Bd.1, Nr.140.
- 76) Mon.Witt., Bd.2, Nr.217.
- 77) D i r r , Münchner Stadtrechtsbuch, Versiegeltes Buch c.71.
- 78) Mon.Witt., Bd.1, Nr.59.
- 79) Mon.Witt., Bd.1, Nr.36 c.57.
- 80) a.a.O., c.54; die Bestimmung bezieht sich offensichtlich auf eine Grundstücksklage. Unter "inquisition" wird hier der auf Antrag von Amts wegen durchzuführende Inquisitionsbeweis verstanden (vgl. für die fränkische Epoche oben S.32 ff.), während unter "ostensio" = weisung die Inaugenscheinnahme des Streitobjekts, das gemeinsame Abgehen des Grundstücks, das

Forts. S.89.

ostensionis habere, quod vulgo dicitur weisung, vel inquisitionem, quod vulgo dicitur aische, iurare debet, quod sine dolo vel fraude fiant."

Die Landfrieden von 1255 81) und 1281 82) geben "sine dolo vel fraude" mit "an ubel liste" wieder. Erst im Landfrieden von 1300 heißt es: 83) "Swer umb die weisung oder umb die anlaitt gevellet, der sol dem richter LXXII den. geben, und sol auch bereden, daz er es an gevaerd getan hab". Der Wechsel im Ausdruck scheint mir nicht von ungefähr zu kommen; es dokumentiert sich vielmehr hierin das stete Vordringen von "an gevaerd". 84)

Im späteren Mittelalter steht nicht nur die Klageerhebung unter dem Gebot zu gefährdefreiem Verhalten, sondern auch andere prozessuale Rechte und Pflichten der Streitparteien. Dies zeigen verschiedene Bestimmungen des Münchner Rechts.

Schon die Einlassungspflicht steht unter dem Gefährdeverbot. 85)

Ein Streit beginne damit, daß der Kläger den Beklagten in den rechtlich vorgeschriebenen Formen vor Gericht lade, was auch durch Fronboten geschehen kann. Versäumt der Beklagte diesen Termin und einen etwaigen weiteren ebenfalls, so hat das Gericht auch ohne Beklagten in die Schadensaufnahme einzutreten, "es chom dann ieman an dez antwurters stat, der bereden mocht, daz er an gevaerd der chlag nicht enwest und auch dohaim nicht gewesen waer, oder ob er in ehaft not geirrt hiet, so sol man im tach geben auf daz naechst taedinch." Hierzu nehme man noch folgende Bestimmung der Satzung: 86) "Swer ainem chlagt, der in dez lantzherrn poten dienst ist, diu chlag sol im unschadlich sein, hintz er an gevaerd herwider haim chumpt, ...". Der Beklagte hat also (in aller Regel mittels Eid) darzutun, daß er aus bestimmten Gründen der Ladung nicht folgenden konnte. Die Berufung auf die genann-

Forts.von Fußnote 80) S.88.

Weisen der Grundstücksgrenzen und die Vertagung des Prozesses zu diesem Zweck gemeint ist; vgl. S c h n e l b ö g l , Die innere Entwicklung des bairischen Landfriedens des 13.Jhts., S.283.

81) a.a.O., c.45.

82) a.a.O., c.54.

83) a.a.O., c.98.

84) Möglicherweise erklärt sich der Wortwechsel bei den zitierten Landfriedensbestimmungen aus Freisinger Einfluß, da inhaltlich ein solcher feststellbar; vgl. S c h n e l b ö g l , S.283, Anm.3.

85) D i r r , Stadtrechtsbuch, Versiegeltes Buch, c.4.

86) D i r r , a.a.O., c.116.

ten Gründe steht ihm aber nur zu, wenn er gleichzeitig versichert, seiner Behauptung liege alles Gefährde fern.⁸⁷⁾

Eine Bestimmung des Münchner Stadtrechts 88) spricht sich über die Regeln bei Benennung von Gewährsleuten 89) aus: Der Beklagte, der sich auf solche beruft, muß sie binnen 14 Tagen vor Gericht stellen: "und stellet er dez gewern nicht in vierzehen tagen, so ist im pruch geschehen und sol dem chlager richten, iudici 72 dn. Mocht aver ainer seines gewern nicht gehaben ein den vierzehen tagen an gevaerd und torst daz bereden und daz er in gewarven hab an gevaerd, dez sol er geniezzen...". Erschien der benannte Zeuge binnen bestimmter Frist nicht vor Gericht, ging der Beklagte des Prozesses verlustig, und der Richter hatte dem Klaganspruch stattzugeben. Diese Säumnisfolge trat nur dann nicht ein, wenn der Beklagte eidlich versicherte, den Gewährten nicht angetroffen zu haben oder dieser sei trotz Ladung nicht erschienen. Wiederum aber mußte der Beklagte seiner Behauptung "an gevaerd" hinzufügen zum Zeichen, daß er den gesetzlich normierten Ausnahmetatbestand nicht arglistig in Anspruch nehme.

Häufig findet sich das Gefährdeverbot im Pfändungsrecht,⁹⁰⁾

87) Ähnlich bereits der Deutschenspiegel 103, § 1 (hrsg. von K.A. Eckhardt und A. Hübner, Hannover 1933).

88) D i r r , a.a.O., c.174; ebenso Nördlinger Stadtrechtskodifikation (ed.K.O. M ü l l e r) a.1290 - 1300, Art.17, S.6.

89) Formeln für einen Rügegeschworeneneid bzw. Zeugeneid sind in den Münchner Stadtrechtsaufzeichnungen nicht überliefert, doch ist anzunehmen, daß auch das der Geschworenen- (bzw. Zeugen-) aussage vorausgehende Wahrheitsversprechen eine Gefährdeklausel enthielt. Stellvertretend seien zwei Bestimmungen des Nördlinger Rechts angeführt; Stadtrecht von 1348, B 2 (K.O. Müller, Nördlinger Stadtr., S.17): "aber die geschworenen burger sind, die sullent uf den selben aide daz nemen und sagen, daz sie die unzucht nanch dez chlaggers clag gesehen und gehoret haben und ain warheit darumbe sagen ungevaerlichen nieman ze lieb noch ze laid." Gerichtsordnung von 1488 c.44 (K.O. Müller, a.a.O., S.357): "Das ir den sachen, darumb ir fürgeworfen sein und gefragt werden, ain warheit sagen, was ew darin wissentlich sei, niemans zu lieb noch zu laid und darin nit ansehen wöllen weder friundschaft noch veintschaft umet noch gab, neid oder furcht, gunst noch lieb noch kain ander sach dann allain die ware gerechtigkeit getrulich und ungefarlich also helf ew got und alle hailigen." Zum allmählichen Vordringen des Zeugenbeweises gegenüber dem Reinigungs Eid des Beklagten zur Zeit der Landfriedensbewegung vgl. S c h n e l b ö g l , Die innere Entwicklung, S.262 ff.; 272 ff.

90) Zur Pfändung Hans P l a n i t z , Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Bd.1, Leipzig 1912.

wobei das Münchner Recht von einer Mitwirkung des Gerichts ausgeht.⁹¹⁾ Zuerst wird klargestellt, daß das Pfand keine Nutzung erlaube:⁹²⁾ "Swem ein Pfant gesetzt wirt oder enpholhen ze hingeben der sol daz behalten an gevaerd und chain nutz darab nemen. Nutzet er ez darüber, zwaz ez dann erger (weniger wert) wirt, daz er bereden mach, daz sol er im geoen, iudici 72 dn." Sodann enthält das Satzungsrecht Vorschriften über Pfandverwertung:⁹³⁾ "antwort man einem mit gericht 94) ein gut ze pfant, daz eigen ist, daz sol er behalten vierzehen tag, und sol es dann enen anpieten und sol ez dann verchauffen an alles gevaerd, ob er mag. Mag aver er chain chauffman darzu vinden, so sol im der richter daz selb eigen antworten ledich und loz und sol er daz geruichleich inn haben als ander sein gut." Gleiches gilt bei verpfändetem Lehen.⁹⁵⁾ Auch hier ist eine vierzehntägige Schonfrist ⁹⁶⁾ für den Verpfänder normiert. Bei Nichteinlösung darf das Pfand "an alles gevaerd" verkauft werden mit der Einschränkung einer Nichtbehinderung der Rechte des Lehenherrn.

Interessante Bestimmungen enthält das Recht für den Fall einer Gläubigermehrheit.⁹⁷⁾ Es gilt der Grundsatz der Priorität. Wer zuerst die Schuld einklagt, hat das erste Zugriffsrecht. Er muß sich jedoch binnen 14 Tagen "an gevaerde befriedigen. Als einschlägige Bestimmung gehört noch hierher:⁹⁸⁾ "chlagt ainer ainen an, er hab ein rint inn oder welherlay pfant daz sey, daz varntew hab sey, daz seines gelters sey, und antwort dann jener hin wider und spricht: daz rint ist e mein pfant gewesen e und du mich bechlagt hast; mag der daz war machen mit seinem aid, daz das rint emaln sein pfant sey gewesen an allen fluchtsal e daz er in bechlagt hab, und sol auch nenn in dem aid, waz im daz rint ste und domit sol er behabt haben, und sol daz rint hingeben als recht ist, an gevaerd. Wirt im denn icht über daz sol er im geben..." Die Pfandverwertung steht somit ebenfalls unter dem Gefährdeverbot. Der erste Gläubiger darf die Recht der anderen nicht

91) Das Selbsthilferecht der Frühzeit wurde bereits im bairischen Volksrecht dahin eingeschränkt, daß Pfändung ohne Zuziehung des Richters unerlaubt war; lex bai. 13,1,3, Nach einem Rückfall in den ursprünglichen Rechtszustand während des 11. Jhts. (vgl. P l a n i t z, a.a.O., S.159) stellen die bairischen Landfrieden des 13.Jhts. den Satz auf, Pfändung ohne Zuziehung von Fronboten sei Friedbruch; Vgl. S c h n e l b ö g l, S.181 ff. Die Münchner Regelung dürfte hierauf fußen.

92) D i r r, Stadtrechtsbuch, Versiegeltes Buch, c.42.

93) D i r r, a.a.O., c.103.

94) Für privatverpfändetes Gut gilt c.102.

95) D i r r, a.a.O., c.104.

96) Diese geht auf die Würzburger Treuga Henrici von 1224 zurück; vgl. S c h n e l b ö g l, S.289.

97) D i r r, a.a.O., c.27.

98) D i r r, a.a.O., c.111.

schmälern, indem er das Pfand unter Wert verkauft oder dergleichen mehr. 99)

Im Grunde ist allen diesen Stellen gemeinsam: Durch das Abstellen auf "ane gevaerde" soll der Handelnde dazu angehalten werden, bei Ausübung prozessualer Rechte die Regeln der Redlichkeit nicht zu verletzen, den prozessualen Vorteil nicht arglistig zum Schaden Dritter auszunutzen. Bei diesbezüglichem Verdacht kann gegebenenfalls verlangt werden, die Beachtung des Gebots durch Leistung eines Gefährdeides darzutun. Insofern erkennen wir in diesen Prozeßbeiden Anwendungsfälle des später im Kameralprozeß zu größerer Bedeutung gelangenden sog. "Iuramentum calumniae".¹⁰⁰⁾ Wir müssen daher damit rechnen, daß in diesem Rechtsbereich der Einfluß des römisch-kanonischen Zivilprozesses die Verbreitung der Gefährdevorstellungen gefördert hat; ein Eigenanteil des deutschen Rechts an der Entwicklung sollte aber auch hier nicht unterschätzt werden. ¹⁰¹⁾

99) Vgl. die Erläuterung bei G r i m m , Wörterbuch, Bd.3, Teil 2, Spalte 2075 unter GEFÄHRDE.

100) Der Kalumnieneid, die eidliche Erklärung einer Partei, alle im Verlauf des Prozesses abzugebenden Erklärungen entsprachen der Wahrheit, tritt im Kameralprozeß in zwei Spielarten auf: a) das iuramentum calumniae generale ist ein bei Beginn des Prozesses geleisteter Eid, der sich auf die Prozeßführung im allgemeinen bezieht; b) durch das iuramentum calumniae speciale bekräftigt die Partei, daß sie einzelne Handlungen nicht zur Schikane des Gegners vornehme (vgl. W. W e t z e l l , System des ordentl. Zivilprocesses, S.312 ff.; H. B a y e r , Vorträge über den gemeinen ordentl. Zivilprozeß, S.88 f.). Die im Text besprochenen Gefährdeide unterfallen dem i.c. speciale; die Quellen bezeichnen sie sogar gelegentlich so (vgl. oben Note 71). Ein genereller Kalumnieneid ist dagegen in den durchgesehenen Rechten noch nicht erkennbar.

101) Die Lehrbücher begnügen sich meist mit dem Pauschalhinweis, das i.c. sei über den römisch-kanonischen Prozeß in die Prozeßordnung des Kammergerichts und der höheren Gerichte gekommen (M i t t e i s , Rechtsgeschichte, S.199; v. S c h w e r i n - T h i e m e , Rechtsgeschichte, S.356; die in Note 100) angegebene Literatur). Dies mag für das "Iuramentum calumniae generale" zutreffen; für den speziellen Kalumnieneid dagegen sind bereits Vorläufer in der fränkischen Zeit (Voreid) erkennbar. Jedenfalls haben diese verwandten eigenständigen Institute die Aufnahme des fremden Prozeßrechts erleichtert.

V. "gefährd" als Kennzeichnung des subjektiven Verbrechenselementes.

Im Laufe des späten Mittelalters begegnen immer häufiger Strafrechtsnormen, die die Strafe ausdrücklich nur an eine absichtliche Verwirklichung des Straftatbestandes knüpfen, die lediglich die wissentliche und willentliche Übertretung ahnden wollen. Dem unabsichtlich Handelnden gibt das Gesetz Gelegenheit, sich durch einen Gefährdeid freizuschwören. Dabei enthalten die Eide öfter auch die Wendung "ane gevaerd". Zur Verdeutlichung folgendes Beispiel des Münchner Rechts: 102)

"Swer ein tuch versneidet, daz niht petschalt ist, oder uf einen markte furt in tuch, daz niht spechalt hat... geit iudici..."; "Swer bereden mack, daz er ein petschalt ab einem tuch verloren hat an gevaerde, der vliust darumb niht."

Die Satzung wendet sich an die Tuchmacher und -händler Münchens und verbeitet unter Strafandrohung Handel und Verwendung von nicht gesiegeltem, d.h. von der Behörde freigegebenem Tuch. Unfreiwilliger Siegelverlust, unabsichtliche Mißachtung des Verbots soll jedoch nicht unter die Strafdrohung fallen. Der hierwegen angeklagte Tuchhändler kann sich daher Straffreiheit durch Leistung eines Reinigungseides des Inhalts erwerben, daß er das Tuchsiegel "an gevaerd" verloren hat, wobei wir den Ausdruck richtigerweise mit "unabsichtlich" wiedergeben, ohne daß gerade ein Ausschluß des Hinterlistigen, Betrügerischen bezweckt erscheint.

Noch deutlicher folgendes Beispiel: 103) "Ob ainer saltz hierfürt umb lon und ob er dem ein scheiben oder mer zerbraech, wird er darumb angesprochen, tar er dann bereden, daz er ~~im~~ scheiben von seinen triwen gefurt hab, als er pest mocht, und auch den wagen nicht umb hab geworfen, aus der rechten wagenlaist und daz saltz gedekt hat und gevarn sei an gevaerd, dez sol er genizzen. Ez mach dan einer war, alz daz rechtpuch sait, daz er im die scheiben verwarlost hab." Auch hier wäre die Wiedergabe der Formel "an gevaerd" mit "ohne Betrug", ja sogar die Abstellung auf das Element der Heimlichkeit verfehlt, es gäbe keinen Sinn. "an gevaerd" kennzeichnet hier die feindliche Gesinnung schlechthin, ohne die besondere Komponente der Hinterhältigkeit zu enthalten.

Diese Verwendung von "ane gevaerd" ist im Zusammenhang mit der klareren Unterscheidung und Bewertung von gewollter und ungewollter Tat zu sehen, die die spätmittelalterlichen Quellen erkennen lassen. 104) Absichtliche Tat setzt feindliche Gesinnung voraus. Es lassen sich hierbei mehrere Abstufungen verbrecherischen Willenserkennen. Indem der Täter den Erfolg voraussieht, handelt er "wis-

102) D i r r , Stadtrechtsbuch, Satzungsbuch B, c.257, 260.

103) D i r r , Stadtrechtsbuch, Versiegeltes Buch, c.164.

104) Zum Folgenden R. H i s , Strafrecht des Mittelalters, Bd.1, S.68 ff.

sentlich" ("scienter"), indem er diesen Erfolg auch will, handelt er "dankes", "von willen", "mit willenter hant"; indem sich der Täter mit vollem Bewußtsein über das gesetzliche Verbot hinwegsetzt, zeigt seine Tat Vermessenheit: er handelt "frequentlich", "mit vorbedacht".

"gevaerde" 105) kann in diesem Zusammenhang verschiedene Bedeutungen annehmen. Entweder bezeichnet es die feindliche Gesinnung schlechthin, vor allem in jüngeren Quellen die böse Absicht oder trägt in Anlehnung an älteren Sprachgebrauch einen Beigeschmack von Hinterlist. Dementsprechend bedeutet "an gevaerd" die Negation dieser verschiedenen Möglichkeiten. Im Einzelfall aber ist es schwierig, die individuelle Färbung eindeutig zu bestimmen. Es kann die Tat als Unfall oder Unglück aufgefaßt sein, aber auch lediglich ein Ausschluß des Vorbedachts, der verbrecherischen Absicht bezweckt sein, ohne daß etwas über die Verletzung von Sorgfaltspflichten ausgesagt werden soll. 106) Gelegentlich bleibt somit bei mancher Quellenstelle ungeklärt, ob dem Handelnden nicht wenigstens Fahrlässigkeit im heutigen Sinne vorzuwerfen ist, so, wenn z.B. das Münchner Recht festlegt: 107)

"swer auf ein wur mit holtz vert ein der Yser, mag der daz bereden, daz er an gevaerd gevaren sey und under seinen danch auf die wur gerunnen, der verlewset darumb nichts."

Die Frage nach dem erstmaligen Auftauchen der Gefährdeklausel in dieser Bedeutung ist nur sehr schwer zu beantworten. In beschränktem Umfang gab es den Ausschluß der bösen Absicht bereits in germanischer Zeit, 108) wenn

105) H i s , a.a.O., S.72; O s e n b r ü g g e n , Alamannisches Strafrecht, § 59, S.136.

106) Nach H i s , S.86 ff., gilt die ungewollte Tat als Unfall oder Mißgeschick, oft wird sie daher mit "casus" bezeichnet. Doch kann dieser in Erweiterung jede Tat bezeichnen, die nicht mit Vorbedacht getätigt wurde, also auch die im Affekt begangene. Da eine Trennung von Fahrlässigkeit und Zufall noch nicht streng durchgeführt wurde, (vgl. H i s , S.92), ergaben sich ähnliche Unschärfen wie bei "gevaerd".

107) D i r r , Stadtrechtbuch, Versiegeltes Buch, c.150.

108) Die Fragestellung berührt den in der Literatur noch nicht abschließend ausgetragenen Streit, wie weit im germanischen und frühmittelalterl. Recht die innere Tatsache berücksichtigt wurde, ob das Strafrecht der damaligen Zeit an die Verursachung oder an die Schuld anknüpfte (vgl. den Überblick der Meinungen bei Ekkehard K a u f m a n n , Die Erfolgshaftung, S.1 ff.). Ein abschließendes Ergebnis ist noch nicht gefunden, da beide Parteien sich auf beachtliche Argumente stützen können. Entscheidend für unsere Fragestellung ist, daß selbst die Vertreter der Erfolgshaftung auch für das germanische Strafrecht den begrifflichen Gegensatz von gewollter und ungewollter Tat nicht leugnen (vgl. B r u n n e r , Forschungen, S.498: "Trotz der Bestrafung absichts-

das damalige Recht bei sog. Ungefährwerken 109) gestattete, das Fehlen der bösen Absicht bei Verwirklichung des objektiven Tatbestands eines Delikts zu beschwören, dem Herrn erlaubte, bei Knechtstaten 110) oder Tier- 111) und Sachschäden 112) die Zurechnung der Tat als eigenes Delikt mittels Gefährdeids abzuwenden. Hierher zu rechnen sind schließlich auch die Reinigungsseide des ordentlichen Prozesses bezüglich der Delikte, deren Tatbestand eine vorsätzliche Verwirklichung erforderte. 113) In diesen Fällen konnte der Beklagte entsprechend der Pflicht zu wörtlicher Erwiderung auf die Anklage durch Verneinung des subjektiven Elementes die Verwirklichung des Tatbestandes überhaupt negieren. 114) Ob aber bereits in der Frühzeit eine "ane gefährde" entsprechende Formel Bestandteil der Rechtssprache war, bleibt offen. Nach Brunner, 115) wird zwar im Ahd. zur Bezeichnung der bösen Absicht "fara", "farida", unser Gefährde, benutzt; doch verwenden die aus volkrechtlicher Zeit überlieferten Gefährdeide dieser Gattung 116) im Lateinischen meist "nolendo", "non asto animo", "nesciente", stellen also auf Wissen und Willen ab, so daß hinter den lateinischen Bezeichnungen eher "ohne Wissen und Willen", "ohne Vorbedacht" zu vermuten sind. Wenn gelegentlich eine entsprechende Formel gebraucht worden ist, 117), so scheint

Forts.v.Fußnote 108) S.94.

loser Beschädigung war der begriffliche Gegensatz von gewollter und ungewollter Tat den Germanen nicht fremd. Die Unterscheidung war sprachlich vorhanden").

- 109) Hierzu Brunner, Forschungen, S.498 ff; v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, Bd.1, S.373 ff.
- 110) Brunner, a.a.O., S.507 ff.
- 111) Brunner, a.a.O., S.512 ff.
- 112) Brunner, a.a.O., S.520 ff.
- 113) Zu diesen Tatbeständen Kaufmann, Erfolgshaftung, S.67 ff.
- 114) Kaufmann, a.a.O.
- 115) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, S.715; ders., Forschungen, S.499.
- 116) Nachweise bei Brunner, a.a.O.; vgl. die Noten 109, 110, 111, 112.
- 117) Einen Reinigungsseid bei Diebstahlsklage enthält Formula Andecavenses Nr.11 b (MG Formulae, Bd.1, S.8): "Iuratus dixit: ... nec ipso iumento numquam habui, nec per meum nullum ingenium ipso iumento numquam perdidit, nec alius tibi de hac causa, non reddebis nisi isto edonio sacramento". Hinter "ingenium" könnte ein Etymon von "gevaerd" stehen. Ähnlich der Eid des wegen Sachmangels verklagten Verkäufers, Swerian 9 (Liebermann, Gesetze d. Angelsachsen, Bd.1, S.398)

sie jedenfalls unter den einschlägigen Formeln keine dominierende Rolle gespielt zu haben. Hiermit stimmt auch unsere Beobachtung überein, daß viele bairische Stadtrechte noch im 14. Jahrhundert "gevaerd" in diesem Sinn nicht kennen. 118) Es bestätigt sich damit auch hier wieder, daß "gevaerd" erst im Laufe des späteren Mittelalters zu einer Art "Modewort" der Rechtssprache wurde.

VI. Eine weitere sprachliche Bedeutungswandlung.

Nachzutragen bleibt schließlich noch ein Bedeutungswandel der Formel "ane gevaerde", der seinen Ausgangspunkt im Prozeß nahm und auf die Verwandtschaft mit "ane vare" zurückzuführen ist. 119) Wie schon früher erwähnt, war der mittelalterliche Prozeß von einer weitgehenden Formstrenge gekennzeichnet. Diese brachte es mit sich, daß eine Partei, von der Angaben über Stoffmengen, Gewichte und dergleichen verlangt wurden, diese mit minutiöser Genauigkeit zu machen hatte. Schon die geringfügigste, unbedeutendste Abweichung vom Tatsächlichen wurde der Partei angekreidet und führte zum Rechts-, wenn nicht Prozeßverlust. Um dieses Prozeßrisiko auszuschalten, fügte die Partei ihren Angaben die Wendung "ane vare", "ane gefarde", unser heutiges "ungefähr", bei und brachte damit zum Ausdruck, sie wolle sich auf ein genaues Maß nicht festlegen. Auf diese Weise wurde "ane gevaerde" zu einem Ausdruck für unverbindliche Angaben und erlangte in Weiterentwicklung dieser Richtung die Bedeutung "unverhofft", "zufällig". 120) Der Sprachgebrauch trat schließlich über die Prozeßschränken hinaus: 121) Herzog Rudolf I. erläßt 1295 den Bürgern von München die Zahlung von Steuern auf sechs Jahre, wenn sie ihrerseits ihn von einer Schuld gegenüber einem Augsburger Gläubiger befreien "von hiute daz ist an dem naechsten sunnetag vor Vasnaht uber vierzehen tag, ez sei dann als vil daz wir an gevaerde in lenger frist gewinnen, dez su-

118) Hierher zählen die bei H a e u t l e , Einige altbairische Stadtrechte, abgedruckten Rechte von Amberg, Landau, Neustadt, Vilshofen, Schongau, Neutötting, Neuburg, Wasserburg, Dingolfing und Burghausen. Ebenso im Passauer Recht (b. M a i d h o f).

119) vgl. T r ü b n e r , Deutsches Wörterbuch u. "ungefähr"; K l u g e - G ö t z e , Etymologisches Wörterbuch u. "Gefahr"; oben S.69 Note 11.

120) Zahlreiche Beispiele bei Grimm, Wörterbuch, u. GEFÄHRDE, S.2076; S c h m e l l e r , Wörterbuch u. "gefahr".

121) D i r r , Stadtrechtbuch, S.68 f.

len wir auch vleizzich sin, daz wir daz tun." 122)

Im Laufe des Spätmittelalters ging die Entwicklung immer mehr dahin, die Bedeutung von "zufällig" hervorzukehren, wobei diese Tendenz schon im äußeren Sprachbild durch die Verwendung von "ungevaer" statt des trennenden "an (on) gevaer" zum Ausdruck kommt. In der Zusammenschreibung bleibt es bis ins 17. Jahrhundert ein Rechtsausdruck im engeren Sinne. 123)

122) Zwar will sich der Herzog bemühen, eine Fristverlängerung zu erwirken. Die Münchner haben aber auf den erfolgreichen Abschluß seiner Tätigkeit keinen Anspruch; für sie wäre es mehr ein Glücksfall; D i r r , Stadtrechtsbuch, Teil 2 u. "gefährde" will daher die Formel mit "zufällig" übersetzen.

123) Z.B. Art. 146 der Karolina; vgl. G r i m m ; Wörterbuch a.a.O.

Kapitel 9: Zusammenfassung.

Unser Bemühen um Aufhellung von Herkunft und Bedeutung der spätmittelalterlichen Formel "ane gevaerde" setzt bei den schwachen Spuren der lateinischen Entsprechungen im römischen und frühmittelalterlich-germanischen Rechtskreis ein. Im fränkischen Quellenmaterial fällt die enge Verbindung der Formel "sine fraude et malo ingenio" mit dem Treueid der Untertanen des Karolingerreichs auf. Wir erkannten es als Charakteristikum des alten Rechts, den Inhalt der Treue negativ zu bestimmen, gleichsam in einer Art "umfahrt" (nach D i l c h e r Gerhard, Paarformeln) um den Treuebegriff die Grenzbastionen des Pflichtenkreises deutlich zu machen. Die Arglistklauseln kennzeichnen dabei die Verpflichtung zu arglistfreiem Verhalten. In diesem Sinn sind die Klauseln wiederholt im Karolingischen Untertaneneid bezeugt, wahrscheinlich waren sie auch Bestandteil des fränkischen Vasalleneides, da dieser bei der Abfassung des Untertaneneides als Vorbild diente; möglicherweise wurde die Formel schon im Gefolgschaftseid gebraucht. Treueid und Kommendation waren aber nicht nur auf die Begründung vassallitischer Treuverhältnisse beschränkt, sondern wurden auch im Treugelöbnis, einem intensiven Schuldversprechen, verwendet. Auf diese Weise findet durch innergermanische Entwicklung die Arglistformel auch im Schuldrecht Eingang und bringt hier erstmals die Möglichkeit, auch im Rahmen des strengen Rechtsformalismus arglistiges Verhalten bei Vertragsschluß und -erfüllung zu berücksichtigen. In karolingischer Zeit haben Arglistklauseln auch in prozessualen Wahrheitsversprechen ihren Platz.

In der Frage der Beeinflussung fränkisch-germanischer Arglistvorstellungen durch den römischen Rechtskreis konnten keine eindeutigen Aussagen gemacht werden. Auffällig ist die Verbindung von konstruktionsmäßig gleichartigen Klauseln ("sine dolo vel fraude") auch im römischen Rechtsleben mit Versprechenseiden verschiedener Art, speziell Treueversprechen. An Hand der wortmäßigen Zusammensetzung der Formeln ist aber kein direkter Einfluß nachweisbar. Nicht auszuschließen und bei vorsichtiger Bewertung der germanischen Rechtsentwicklung wahrscheinlich ist jedoch, daß die Erfassung der hinter den Arglistklauseln stehenden Rechtsvorstellungen, des in der Arglist liegenden Unrechts, die rationale Erkenntnis seiner Unvereinbarkeit mit dem Treuegedanken durch die Bekantschaft mit dem römischen Recht, möglicherweise über kirchliche Vermittlung, gefördert wurde.

Obzwar man sich um eine Positivierung des Treuebegriffs bemühte, was seinen Niederschlag u.a. in der Formel "auxilium et consilium" findet, bleiben in nachkarolingischer Zeit die Arglistklauseln als negative Erläuterung des Treuebegriffs in Treueid und Treugelöbnis weiter in Übung. Besonders der Lehenseid erweist sich im Anschluß an den vassallitischen Treueid als Brücke zum Hochmittelalter. Am Ende dieses Zeitaoschnitts wird das Einwirken einer Welle römischrechtlicher Treuevorstellungen und in ihrem Gefolge eine Neuformulierung der Arglistklauseln erkennbar, die

vermutlich ihren Ausgangspunkt in den Arbeiten französischer Scholastik hat. Zusätzlich macht sich seit dem 13. Jahrhundert ein vielleicht ebenfalls von Frankreich ausgehender Einfluß kanonischer Rechtslehre bemerkbar, der im Auftauchen neuer Formulierungen wie "dolo et fraude excluso", "dolo vel captione cessante" zum Ausdruck kommt.

Gegen Mitte der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts erscheint dann mit dem Einsetzen des deutschsprachigen Quellenstromes die Formel "an gevaerde" in mannigfachen sprachlichen Abwandlungen selbst. Wir treffen sie zunächst hauptsächlich in Verbindung mit dem Versprechens-
eid (Treueide, Schuldversprechen); in den Quellen des 14. und 15. Jahrhunderts ist jedoch eine Ausweitung des Anwendungsbereiches der Formel unübersehbar. Die Formel wird zu einem die gesamte Rechtsordnung beherrschenden Rechtsausdruck. Alles Rechtshandeln steht nun unter dem Gefährdeverbot, der Rechtsverkehr wie der Prozeß. Die Gesetzgebung bemächtigt sich der Formel zur Einschärfung gesetzesgetreuen Verhaltens. Parallel hierzu wird ein Wandel im Sinngehalt des Wortes "gevaerd" spürbar. "gevaerde" wird von einer Kennzeichnung des arglistigen, heimlichen Unrechts zu einer Bezeichnung des unredlichen, ungetreuen Verhaltens überhaupt. Daneben wird "gevaerd" im Zuge der zunehmenden Theoretisierung des Strafrechts ein Terminus für das subjektive Verbrochenselement. "ane gevaerd" bedeutet demgemäß in strafrechtlichem Zusammenhang "ohne böse Absicht", "ohne Vorsatz", "zufällig". Die zuletzt angedeutete Entwicklung ist freilich eigenständig; unmittelbare Querverbindungen zur ursprünglichen Verwendung der Formel "ane gevaerd" liegen nicht vor.



L e b e n s l a u f .

Am 9.9. 1938 wurde ich als erster Sohn der Eheleute Johann und Antonia Spinar, letztere geb. Neubauer, in Zwittau/Sudetenland geboren. Mein Vater war dort bei der Stadt als Stadtassistent beschäftigt. Im Jahre 1946 wurde ich zusammen mit meinen Angehörigen im Zuge der Vertreibung der Deutschen aus der Tschechoslowakei nach Württemberg ausgesiedelt, wo ich im selben Jahre in die Volksschule eintrat. 1948 kam ich im Wege der Familienzusammenführung nach Bayern; mein Vater hatte hier nach der Entlassung aus der Gefangenschaft eine Anstellung beim Landratsamt Pfaffenhofen/Ilm erhalten. 1949 bestand ich die Aufnahmeprüfung an der Oberrealschule in Ingolstadt/Donau. Im Wintersemester 1958/59 schrieb ich mich an der Universität München als ordentlicher Studierender der Rechte ein. Im Sommersemester 1960, meinem 4. Fachsemester, wechselte ich an die Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen; hier legte ich im Herbst 1962 den schriftlichen Teil der 1. juristischen Staatsprüfung ab, die mündliche Prüfung bestand ich am 11.1.1963. Seit 15.3.1963 bin ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Freistaates Bayern tätig.

Fotodruck

- W. Hög, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 1636 [15336] -